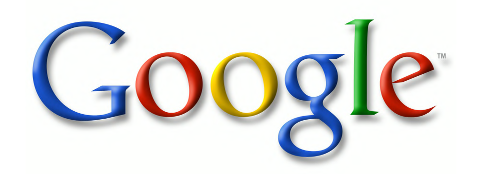



HDI
HL 1001 A


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV·ANG·
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS





# Zeitschrift für Rechtspflege

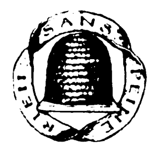
## in Bayern

Herausgegeben von

**Th. von der Pfordten**

**K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.**

**I. Jahrgang 1905.**




**München 1905.**

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier).

# I. Systematisches Verzeichnis.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

---

## A. Abhandlungen.

### 1. Bürgerliches Recht.

#### a) Reichsrecht.



#### b) Landesrecht.



### 2. Handelsrecht, Verlagsrecht.

### 3. Zivilprozeß.



### 4. Konkurs.



### 5. Zwangsversteigerung.



### 6. Freiwillige Gerichtsbarkeit, Grundbuchwesen.



### 6. Strafrecht und Strafprozeß.



### 7. Militärstrafrecht.



### 8. Gebührenwesen.



### 9. Allgemeine juristische oder rechtspolitische Gegenstände.

## B. Mitteilungen aus der Praxis.

### 1. Bürgerliches Recht.

#### a. Reichsrecht.



#### b. Landesrecht.



### 2. Handels- und Wechselrecht, Gewerberecht, Verlagsrecht usw.

### 3. Zivilprozeß und Konkurs.



### 4. Freiwillige Gerichtsbarkeit.



### 5. Gebührenwesen.



### 6. Strafrecht.



### 7. Militärstrafrecht.



### 8. Strafprozeß.

### 9. Justizverwaltung, Verwaltung, Allgemeines.



## C. Aus der Praxis der Gerichte.

(RG. bedeutet Reichsgericht, ObLG. = Oberstes Landesgericht, OLG. = Oberlandesgericht, LG. = Landgericht, VGH. = Verwaltungsgerichtshof).

### 1. Bürgerliches Recht.

#### A. Reichsrecht.

##### a. Allgemeine Lehren.



##### b. Recht der Schuldverhältnisse.

c) Sachenrecht.

### d) Familienrecht.



### e. Erbrecht.



### f. Einführungs- und Uebergangsrecht.



### B. Landesrecht.

## 2. Handelsrecht, Wechselrecht, Genossenschaftsrecht, Gewerberecht u. s. w.

## 3. Zivilprozeß und Konkurs.

## 4. Gerichtskosten und Gebühren.



## 5. Freiwillige Gerichtsbarkeit, Grundbuchwesen.



## 6. Strafrecht.

### A. Reichsrecht.

#### a. Strafgesetzbuch.

## 8. Verwaltung.

# II. Alphabetisches Verzeichnis.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

## A.



## B.

## C.



## D.



## E.

## F.



## G.

## H.



## J.



## K.

## L.



## M.



## N.

## T.



## U.



## V.

## W.

# Z.

# III. Verzeichnis der Gesetzesstellen.

(Die **fetten** Zahlen bedeuten die §§ oder Artikel, die kleinen die Seiten.)

## A. Reichsgesetze.

### 1. Bürgerliches Gesetzbuch.

## 2. Einführungsgesetz z. Bürgerlichen Gesetzbuch.



## 3. Handelsgesetzbuch.

### 4. Wechselordnung.



### 5. Verlagsgesetz.



### 6. Gesetz über den unlauteren Wettbewerb.



### 7. Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen.



### 8. Börsengesetz.



### 9. Genossenschaftsgesetz.



### 10. Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen.



### 11. Gewerbeordnung.



### 12. Personenstandsgesetz.



### 13. Gewerbe-Unfallversicherungsgesetz.



### 14. Bau-Unfallversicherungsgesetz.



### 15. Unfall-Versicherungsgesetz für Land- u. Forstwirtschaft.



### 16. See-Unfallversicherungsgesetz.



### 17. Krankenversicherungsgesetz.



### 18. Zivilprozeßordnung.

## 19. Einführungsgesetz zur Zivilprozeßordnung.



## 20. Gerichts-Verfassungsgesetz.



## 21. Einführungsgesetz z. Gerichtsverfassungsgesetz.



## 22. Lohnbeschlagnahmegesetz.



## 23. Konkursordnung.



## 24. Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung.



## 25. Einführungsgesetz zum Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung.



## 26. Gerichts-Kosten-Gesetz.

### 39. Gesetz betr. die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft.



## B. Landesgesetze.

### 1. Ausführungsgesetz z. Bürgerlichen Gesetzbuch



### 2. Gesetz, Uebergangsvorschriften betreffend.



### 3. Ausführungsgesetz zur Zivilprozeßordnung und Konkursordnung.



### 4. Ausführungsgesetz z. Gerichtsverfassungsgesetz.



### 5. Ausführungsgesetz zur Grundbuchordnung und zum Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung.



### 6. Gesetz die Vorbereitung der Anlegung des Grundbuchs in den Landesteilen r. d. Rh. betr.



### 7. Hypothekengesetz.



### 8. Notariatsgesetz.



### 9. Notariatsgesetz vom 10. November 1861.



### 10. Ausführungsgesetz zur Strafprozeßordnung.



### 11. Subhastationsordnung.

# IV. Verzeichnis der Mitarbeiter.

(Hier sind nur die Mitarbeiter berücksichtigt, die sich durch Einsendung von Abhandlungen und Mitteilungen aus der Praxis beteiligt haben.)

# V. Besprochene Bücher und Zeitschriften.

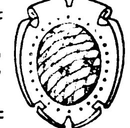
Nr. 1. München, den 1. Januar 1905. 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).



Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum, Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.



## Die Kaufmannsgerichte.

Von **Dr. Ernst Jaeger,** Univ.-Professor in Würzburg.

### A. Der Geist des Gesetzes vom 6. Juli 1904.[1])

An der Spitze unseres Gerichtsverfassungsgesetzes steht der Grundsatz: „Die richterliche Gewalt wird durch unabhängige, nur dem Gesetze unterworfene Gerichte ausgeübt." Männer wie Bähr, Gneist, Lasker hatten die Vorschrift beantragt. „Einstimmig, ohne Debatte" war der Antrag angenommen worden. Die Trennung von Justiz und Verwaltung, eine Reihe persönlicher Garantien (Ernennung auf Lebenszeit, Unentfernbarkeit, fest bestimmte, im Rechtswege verfolgbare Gehaltsansprüche) und eine gesetzlich geordnete Festlegung der Geschäftsverteilung gewährleisten die Unabhängigkeit der Richter. Ihre wissenschaftliche Befähigung haben sie nach gesetzlich geregeltem Studiengange in staatlichen Prüfungen zu erweisen. Und nicht nur auf dem Gebiete der bürgerlichen Rechtspflege hat sich das Verlangen nach unabhängiger Entscheidung Bahn gebrochen. Fast überall

[1]) Das Gesetz, betreffend Kaufmannsgerichte, vom 6. Juli 1904 (R.G.Bl. S. 266), das nach Maßgabe des § 22 mit dem 1. Januar 1905 in Kraft tritt, weist schon eine ansehnliche Literatur auf. Kommentierte Ausgaben verfaßten insbesondere Apt (Berlin 1904), Haas (Göttingen 1904), Hirsekorn (Leipzig 1904), Kulka (Leipzig 1904), Menzinger-Prenner (München 1904), v. Meyeren (Berlin 1905). Ueber Entstehung, Materialien und Inhalt des Gesetzes berichtet v. Simson in der Zeitschr. f. Zivilpr. 33 S. 570 ff., kürzer Bassermann in der D. Jur.Ztg. 1904 S. 1009 ff. Vgl. ferner die gediegene Abhandlung von Silberschmidt, die deutsche Sondergerichtsbarkeit in Handels- und Gewerbesachen, Beilageheft zu Bd. 55 der Zeitschr. f. Handelsr. (1904), S. 258 ff., 271 ff. und von den zahlreichen zur Kritik des Gesetzentwurfes erschienenen Aufsätzen namentlich D. Jur.Ztg. 1897 S. 353 ff. (Metzges), 1901 S. 42 ff. (Salomon), 92 f. (v. Boenigk), 544 ff. (Cuno), 1902 S. 140 (Staub), S. 160 ff. (v. Frankenberg), S. 162 ff., 1903 S. 70 ff., 1904 S. 185 ff. (Stranz), 1904 S. 149 f. (Staub); Recht 1903 S. 66 ff. (Könige); Conrads Jahrb. f. Nationalökonomie 1897 S. 428 ff. (v. Boenigk).

Im folgenden ist G.G.G. = Gewerbegerichtsgesetz, K.G.G. = Kaufmannsgerichtsgesetz.

in Deutschland hat es dahin geführt, daß innerhalb der Verwaltung reine Verwaltungssachen und Verwaltungsrechtssachen geschieden, die letzteren aber ständigen, unabhängigen Verwaltungsgerichten zugewiesen worden sind.[1])

Die moderne Sozialpolitik, die Mutter der gewerblichen und kaufmännischen Sondergerichte, schätzt den unabhängigen, rechtsgelehrten Richter weit niedriger ein. Der Ruf nach sachkundigen Standesgerichten mit vereinfachter, beschleunigter und billiger Prozedur hat eine rückläufige Bewegung erweckt, die mehr eine schiedlich-friedliche als eine streng rechtliche Streitschlichtung anstrebt. Gewerbe- und Kaufmannsgerichte erkennen als Kollegien, bestehend aus einem Vorsitzenden und Beisitzern, die als Vertreter beider Interessentenkreise (der Arbeitgeber und Arbeiter, der Kaufleute und Handlungsgehilfen) jedem der beiden Stände in gleicher Anzahl entnommen werden müssen. Der Vorsitzende darf keiner dieser Gruppen angehören. Er ist niemals ein unabhängiger staatlicher Richter und braucht kein rechtsgelehrter Richter zu sein: die §§ 2—9 G.V.G. sind auf ihn unanwendbar. Im Gegensatze zum § 12 G.G.G. schreibt der § 11 K.G.G. wenigstens instruktionell vor, daß in erster Linie ein zum Richteramt, in zweiter Linie ein zum höheren Verwaltungsdienste Befähigter und nur ausnahmeweise mit Genehmigung der höheren Verwaltungsbehörde[2]) andere

[1]) Ueber die dermalige Ordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in den einzelnen deutschen und außerdeutschen Staaten siehe Ernst v. Meier in Kohlers Enzyklopädie Bd. 2 (1904) S. 735 ff.

[2]) In Bayern = Regierung, Kammer des Innern (§ 2 Kgl. V.O. v. 3. 8. 1904, G. u. V.Bl. S. 273), in Preußen = Regierungspräsident, für den Stadtkreis Berlin = Oberpräsident (M.B. v. 23. 9. 1890, v. Meyeren S. 21 u. 146 f.). Ein Erlaß des preuß. Ministers für Handel und Gewerbe vom 20. Sept. 1904 (v. Meyeren S. 101 ff.) weist mit „Rücksicht darauf, daß die Kaufmannsgerichte voraussichtlich häufiger als die Gewerbegerichte schwierige Rechtsfragen zu entscheiden haben", die Regierungspräsidenten an, von der Ausnahme des § 11 I 2 K.G.G. „grundsätzlich nur dann Gebrauch zu machen, wenn die Besetzung mit einer zum Richteramt oder höheren Verwaltungsdienste befähigten Persönlichkeit auf ganz besondere Schwierigkeiten stößt, oder

Personen zu Vorsitzenden (oder Stellvertretern) zu wählen seien. Der Vorsitzende bekleidet als solcher[1]) nicht ein Staats-, sondern ein Gemeindeamt, nicht lebenslänglich, sondern auf bestimmte Zeit (mindestens ein Jahr: § 12 II G.G.G., § 11 II K.G.G.). Immerhin ist er — nicht aber auch die Beisitzer — „Beamter" im Sinne des St.G.B. (§ 359) und darum insbesondere einer Rechtsbeugung (§ 336 St.G.B.) fähig, auch — wie die Beisitzer — „Richter" im Sinne des § 334 St.G.B. (Bestechung). Verletzt der Vorsitzende bei der Urteilsfällung seine Amtspflicht, so findet der § 839 II BGB. Anwendung,[2]) in Bayern Art. 60 f. A.G. z. BGB. (Haftung des Kommunalverbandes) u. Art. 7 II Satz 4 V.G.G. (keine Vorentscheidung, denn er ist Beamter der streitigen — wenn auch der besonderen, nicht der ordentlichen — Gerichtsbarkeit). Repräsentanten beider Stände hat man dem Vorsitzenden beigeordnet, weil man ihm weder persönlich die erforderliche Sachkunde noch die Fähigkeit zutraut, sich durch Sachverständige ausreichend informieren zu lassen. Daß den Vertretern der beteiligten Kreise beim Aufeinanderprallen der entgegengesetzten Standesinteressen die obersten Richtertugenden, Neutralität und Unbefangenheit, abgehen, das liegt auf der Hand. Freilich sollen die Beisitzer nicht nach Standesrücksichten urteilen. Allein sie werden es unbewußt und ungewollt tun, so oft sich Standesgegensätze geltend machen. Die Tagespresse lehrt uns, daß in der Großstadt parteipolitische Losungen die Wahl der Beisitzer zu den Gewerbegerichten beherrschen. Wer denkt dabei an „unparteiische" Richter?

In solchen Kollisionsfällen „entscheidet" der Vorsitzende tatsächlich allein.[3]) Auch sonst wird jedenfalls bei Beurteilung der Rechtsfrage der Vorsitzende den Ausschlag geben, ein Vorsitzender, der die wissenschaftliche Vorbildung des Richters nicht zu haben braucht. Beim Erlasse des G.G.G. hat man sich damit getröstet, daß die Gewerbegerichte vorwiegend die dem bürgerlichen Rechte fernerliegende Gewerbeordnung anzuwenden hätten. Für die Kaufmannsgerichte gilt das nicht. Sie haben über den im H.G.B. und BGB. geordneten kaufmännischen Dienstvertrag, also über eine besonders wichtige und schwierige Materie des bürgerlichen Rechts zu erkennen. Kein Geringerer als Staub[1]) hat die Befürchtung geäußert: „die ganze Lehre vom kaufmännischen Dienstvertrage werde aufhören, wissenschaftlich gepflegt zu werden." Schon die Gewerbegerichte haben sich, wie die bisherige Praxis zeigt, mit einer Fülle heikler privatrechtlicher Rechtsbegriffe zu befassen: Vertretung, Verzug, Aufrechnung, Zurückbehaltung, Vertragsstrafe, Scheidung von Dienst- und Werkverträgen.[2]) Die Zuständigkeitsabgrenzung führt auf zahlreiche ernste Kontroversen. Das Verfahren selbst bedarf als modifizierter Amtsgerichtsprozeß (§ 26 G.G.G., § 16 K.G.G.) der Leitung eines mit unserem schwierigen Zivilprozeßrechte wohl vertrauten Vorsitzenden. Angesichts dieser Aufgaben erschien es von vornherein höchst bedenklich, auch den kaufmännischen Dienstvertrag der ordentlichen Gerichtsbarkeit zu entziehen.[3]) Ist das amtsgerichtliche Verfahren, wie die allgemeine Klage lautet, nicht einfach, rasch und billig genug, so muß in durchgreifender Reform dafür gesorgt werden, daß „der Prozeß des kleinen Mannes" den Bedürfnissen unserer raschlebenden Zeit angepaßt, daß er (wie es das vielmißbrauchte Schlagwort verlangt) „populär" wird. Denn ein Recht auf einfache, rasche und billige Standesjustiz haben andere Berufsarten nicht minder als gewerbliche Arbeiter und Handlungsgehilfen. Schon erhebt sich der Wunsch nach besonderen Verlags-, Urheber-, Patent-, Ingenieur-, Miet-, Gesinde-, Handwerker- und Bauerngerichten mit gleichartigen Oberinstanzen. Und in der Tat: was dem einen recht ist, ist dem andern billig. Wer will dem Stande der Techniker die gleiche Berechtigung absprechen? Mutet doch die Technik dem Richter die Beurteilung weit schwierigerer Dinge zu, als es Streitigkeiten über Rechte und Pflichten eines Reisenden, über Spesen und Provisionen sind.[4]) Auf dieser Bahn gibt es keinen Halt.

---

wenn etwa eine zum Richteramt oder höheren Verwaltungsdienste nicht befähigte Persönlichkeit sich bereits als Vorsitzender oder stellvertretender Vorsitzender eines Gewerbegerichts bewährt hat". — Der Regierungsentwurf (§ 10) des K.G.G. hatte aus den gleichen Gründen die Befähigung zum Richteramt oder höheren Verwaltungsdienst obligatorisch machen wollen.

[1]) Siehe aber § 11 III 2 K.G.G.

[2]) Vgl. Kulka S. 37, der freilich den § 839 nur anwenden will, „falls der Vorsitzende Beamter ist", sonst den § 823. Allein der Vorsitzende ist als solcher Beamter im Sinne des § 839. Wenn Planck BGB. § 839 Anm. 2 a, auf den sich Kulka bezieht, Schöffen oder Geschworene nach § 823, nicht nach § 839 haften läßt, so beruht dies darauf, daß sie zwar „in Ausübung eines Amtes" erkennen (vgl. § 31 II St.G.B.), aber eben nicht selber „Beamte" sind. Zudem kommt es nach § 839 II darauf an, daß die Pflichtverletzung von einer Person begangen wird, die gerade bei der Urteilsfällung als „Beamter" tätig wird. Ist der Vorsitzende nicht als solcher Beamter, so muß also der § 839 II überhaupt außer Anwendung bleiben.

[3]) So mit Recht Metzges a. a. O.

[1]) D. Jur.Ztg 1902 S. 140.

[2]) Siehe das wertvolle Werk von M. v. Schulz u. R. Schalhorn, Das Gewerbegericht, Berlin (1903), wo S. 167 ff. ein anschauliches Bild vom Wirkungskreise der Gewerbegerichte entwickelt wird.

[3]) Vgl. die überzeugenden Ausführungen von Metzges, Salomon, Stranz und Könige a. a. O., die keine ernsthafte Widerlegung gefunden haben. Namentlich der D. Jur.Ztg. gebührt die Anerkennung, daß sie bis zur letzten Stunde ihre warnende Stimme erhoben hat.

[4]) Das sind Fragen, die nach Ansicht v. Boenigk's D. Jur.Ztg. 1901 S. 92 der Richter allein nicht beurteilen kann. „Sie bedürfen der Beurteilung durch Standesgenossen." Die Bedeutung „der Sachverständigen" würdigt v. Boenigk nicht.

Eine völlige Zersetzung der ordentlichen Gerichtsbarkeit muß das Ende sein. Die Reichsregierung hat die Gefahr wohl erkannt. Erklärte doch der Leiter des Reichsamtes, aus dessen Schoß der Entwurf des K.G.G. hervorging, im Reichstag mit aller Deutlichkeit: nicht in der Schaffung neuer Sondergerichte, sondern in gründlicher Umbildung des amtsgerichtlichen Verfahrens liege die ideale Lösung der Frage. Allein diese ideale Lösung hätte, wie Graf von Posadowsky selbst bekannte, durch Verbilligung des amtsgerichtlichen Verfahrens der Justiz „einen weiteren Einnahmeausfall" gebracht.[1]) Darum hat man eine realere Lösung vorgezogen und sich für neue, nicht den Amtsgerichten, sondern den Gewerbegerichten „angegliederte" Sondergerichte entschieden, zu deutsch: man hat der Gemeinde anstatt des Staates die Kostenlast aufgebürdet. So treten die Kaufmannsgerichte als kommunale Einrichtungen ins Leben, die im günstigsten Falle einen rechtskundigen Verwaltungsbeamten zum Vorsitzenden haben.[2]) Beherrscht dieser nicht H.G.B., BGB. und C.P.O. — auch für unsere trefflichsten Magistratsräte eine ganz ungebührliche Zumutung —, dann wird sich Staub's düstere Voraussage nur zu bald erfüllen. Eine Angliederung der Kaufmannsgerichte an die über das ganze Reich verbreiteten Amtsgerichte hätte zudem die gepriesenen Vorteile der Standesgerichtsbarkeit auch den Handlungsgehilfen an kleinen Plätzen erschlossen, die der großstädtischen Gehilfenverbände entbehren und darum des Schutzes in höherem Grade bedürftig sein müssen.

Die Mißlichkeit der Lage wird noch wesentlich erhöht durch zwei weitere Eigentümlichkeiten des Gesetzes. Die eine liegt im Ausschlusse der Rechtsanwälte (§ 16 I K.G.G. mit § 31 G.G.G.). Die Regierungsvorlage hatte den Anwalt zulassen wollen, weil den Kaufmannsgerichten schwierigere Rechtsfragen bevorstehen als den Gewerbegerichten und weil den Beteiligten ihr Beruf (Reisen) vielfach das persönliche Erscheinen vor Gericht erschwert. Auch hier hat die bessere Einsicht das Feld räumen müssen. Der Anwalt, so befürchtete die Reichstagsmehrheit, werde den Prozeß verzögern und verteuern, die gütliche Streiterledigung erschweren und einseitig dem wohlhabenderen Prinzipale dienen. Mit Recht hat ein Abgeordneter eingeworfen, dieser Gebührenschinder und Prozeßverschlepper von Beruf sei eine Witzblatt-Karikatur. Jedenfalls ist es nicht der Rechtsanwalt, dem unsere Prozeßordnung im Anwaltszwang ein so hohes, durch die Erfahrung langer Jahre gerechtfertigtes Vertrauen zollt. Daß der Anwalt doch ganz gewiß im Regelfalle die Sach- und Rechtslage klärt, daß er einer ortsabwesenden Partei geradezu unentbehrlich sein kann, daß zahlreiche Gehilfenverbände ihren Mitgliedern anwaltlichen Schutz leihen, das alles hat man in den Wind geschlagen. Und erhebt sich nicht auch hier wiederum die Frage: warum nur Arbeitern und Handlungsgehilfen, nicht jeder armen Partei dieser Schutz? Vor den ordentlichen Gerichten stünde der armen Partei in Anwaltsprozessen (siehe insbesondere § 101 Nr. 3 e G.V.G.) die Vergünstigung des § 115 Nr. 3 C.P.O., sonst der Schutz des § 116 C.P.O. mit § 34 R.A.O., offen. Nun aber ist arg. § 31 G.G.G., § 16 I K.G.G. vor Gewerbe- und Kaufmannsgerichten nicht nur der § 115 Nr. 3 C.P.O., sondern auch der § 116 C.P.O. wie der § 34 R.A.O. unanwendbar.[1])

Dazu kommt eine auffallende Beschränkung des Instanzenzuges: die Berufung gegen Urteile der Kaufmannsgerichte ist nur zulässig, wenn der Wert des Streitgegenstandes — nicht des Beschwerdegegenstandes — den Betrag von 300 Mk. übersteigt[2]) (§ 16 I K.G.G.). Der Vorentwurf hatte mit § 55 I G.G.G. eine Berufungssumme von 100 Mk. vorgesehen; die Erhöhung entspricht nach den Gesetzesmaterialien vielfachen Wünschen der beteiligten Kreise. Sie verkümmert in tief bedauerlicher Weise den Kampf ums Recht und ermöglicht jenes „Durchhauen", zu dem sich der durch keine Oberinstanz überwachte Richter nur allzu leicht verleiten läßt. Innerhalb der amtsgerichtlichen Zuständigkeitsgrenze (§ 23 Nr. 1 G.V.G.) erkennt das Kaufmannsgericht völlig souverän. Kein Wunder, wenn ihm bei solcher Machtstellung mehr Vergleiche gelingen als dem ordentlichen Gericht. In den höchsten Tönen hat man das Lob der Gewerbegerichte gesungen, weil sie etwa die Hälfte aller Sachen vergleichen. Sonst pflegen die Helden des Vergleichs nicht unsere besten Richter zu sein. Vergleiche sind bei zweifelhafter Sachlage gerechtfertigt. Wo der Tatbestand klar oder ohne unverhältnismäßigen Zeit- und Kostenaufwand zu klären ist, bedeutet der Vergleich das Gegenteil der Justiz, die Nötigung zum Vergleich eine Justizverweigerung. Sollte wirklich die Hälfte aller Gewerbegerichtssachen zum Vergleiche geeignet sein?

Man wende nicht ein, die neuen Sondergerichte seien nach Zweck und Zusammensetzung Schiedsgerichte, „dem Wesen des Schiedsver-

---

[1]) Siehe die Zitate in der D. Jur.Ztg. 1904 S. 187 f.

[2]) Möchten doch wenigstens die großen Städte erprobte Richter aus der richterlichen Praxis heraus zu diesem Amte berufen!

[1]) Es ist daher ungenau, wenn „die §§ 114—127 C.P.O." in Bausch und Bogen für anwendbar erklärt werden (so z. B. v. Meyeren S. 82 f. Note 4).

[2]) Der § 43 des Gesetzes über die Konsulargerichtsbarkeit v. 7. April 1900 (R.G.Bl. S. 213) beschränkt die Anfechtbarkeit der Entscheidungen des Konsuls ebenso, wozu vor allem Rücksichten auf die Geschäftslast des Reichsgerichts nötigen (vgl. § 14 Nr. 1 l. c). Diese Beschränkung gilt auch für die Beschwerde, die unseres § 16 K.G.G. dagegen nur für die Berufung.

trags aber widerspreche die Berufung".[1]) Gewerbe- und Kaufmannsgerichte könnten Schiedsgerichte sein, aber sie sind es nicht. Die Ausschließlichkeit ihrer Kompetenz, die einen ganz allgemeinen, keine Prorogation duldenden Gerichtszwang enthält (§ 6 G.G.G., § 6 K.G.G.), verträgt sich mit der gegenteiligen Annahme nicht. Wohl aber hätte es guten Sinn gehabt, mit Standesgenossen besetzte, obligatorische kaufmännische Einigungsämter zu bilden[2]) und die Zulässigkeit des Rechtswegs an die fruchtlose Anrufung des Einigungsamtes zu knüpfen.[3])

Das Reichsgericht kommt nach unserer Gerichtsverfassung (§ 135 G.V.G.) über Gewerbe- und Kaufmannsgerichte, mag auch der Streitwert noch so hoch sein (§ 4 G.G.G., § 5 K.G.G.), nicht zum Spruche. Damit fällt die oberste Gewähr einheitlicher Rechtsanwendung. Diese Einbuße wird sich namentlich bei der Rechtsprechung über Verletzung des Konkurrenzverbotes fühlbar machen (§ 5 Nr. 6 K.G.G., § 74 ff. H.G.B.). Die Regierungsvorlage hatte darum Streitigkeiten aus der Konkurrenzklausel den ordentlichen Gerichten vorbehalten wollen, was freilich wegen des Zusammenhangs mit anderen zur Zuständigkeit der Kaufmannsgerichte gehörenden Fragen (besonders § 5 Nr. 1 u. 4 K.G.G.) unangebracht gewesen wäre.

Nach alledem dürfen Rechtsprechung und Rechtswissenschaft von der mit dem 1. Januar 1905 ins Leben tretenden Sondergerichtsbarkeit kein Heil erhoffen.[4]) Ob diese aber vom sozialen Standpunkt aus eine Errungenschaft bedeutet, das scheint uns zum mindesten fragwürdig. Haben doch nicht nur Richter und Rechtsanwälte, sondern auch die meisten und bedeutendsten Handelskammern, ja selbst große Handlungsgehilfenverbände vor der Einrichtung von Kaufmannsgerichten im allgemeinen oder doch vor der Angliederung an die Gewerbegerichte gewarnt.[1]) Jedenfalls muß das neue Sondergericht seine Daseinsberechtigung erst noch erweisen.

[1]) So Silberschmidt S. 267 f., 275 f., der übrigens keineswegs die Schattenseiten des Gesetzes verkennt (S. 276 f.).

[2]) Riesenfeld, Kaufmännische Schiedsgerichte (1897) S. 33 ff., Metzges, D. Jur.Ztg 1897 S. 355.

[3]) Wie etwa in Bayern vor der Klagestellung gegen den Fiskus Abhilfe im Verwaltungswege zu suchen ist (Art. 2 A.G. z. C.P.O. u. K.O.).

[4]) Welcher Verwässerung feste Rechtsgrundsätze anheimfallen, dafür nur ein Beispiel In dem zu den besten Ausgaben des K.G.G. zählenden Handkommentar von Menzinger-Prenner wird S 77 f. unter Berufung auf die Zeitschriften „Gewerbegericht" Bd. 5 S. 110, „Soz. Praxis" Bd. 5 S. 725 gelehrt, die Prozeßfähigkeit der Minderjährigen sei regelmäßig zu vermuten. Daß der Grundsatz des § 56 I C.P.O. auch für Gewerbe- und Kaufmannsgerichte gilt, steht nach § 26 G.G.G., § 16 I K.G.G. außer allem Zweifel. Der § 30 G.G.G. will lediglich den § 57 C.P.O. erweitern. Dementsprechend unterliegen, wenn sich die Prozeßfähigkeit aus § 113 BGB. ergeben soll, auch dessen Voraussetzungen der Offizialprüfung. Dabei ist abgesehen von den Schranken des § 113 I Satz 2 mit § 1822 Nr. 7 u. 12 BGB. zu beachten, daß sich der § 113 nach dem Sprachgebrauche des BGB. (vgl. § 1822 Nr. 6 mit Nr. 7) auf Lehrverträge — gewerbliche wie kaufmännische (§§ 126 ff. Gew.O., §§ 76 ff. H.G.B). — überhaupt nicht bezieht (Planck BGB. 3. Aufl. § 113 Anm. 2, v. Staudinger-Riezler BGB. 2. Aufl. § 113 Anm. 4, Dernburg, Bürg. Recht I § 122 Note 6). Wegen der Vertragsstrafe siehe Planck a. a. O., Riezler Anm. 5 mit Lit. Nach § 579 Nr 4 C.P.O. bildet der Mangel vorschriftsmäßiger Vertretung einen Grund zur Nichtigkeitsklage. Das gilt auch für Gewerbe- und Kaufmannsgerichte.

### B. Die Abgrenzung der Zuständigkeit.

I. Zur **sachlichen** Zuständigkeit der Kaufmannsgerichte gehören keineswegs alle Prozesse des Kaufmanns, sondern nach § 1 I K.G.G. überhaupt nur Streitigkeiten aus dem Dienst- oder Lehrverhältnisse zwischen Kaufleuten einerseits (§§ 1 ff. H.G.B.) und ihren eigenen Handlungsgehilfen (§§ 59 ff. H.G.B.) und Handlungslehrlingen (§§ 76 ff. H.G.B.) andrerseits.[2]) Der allgemeine Ausdruck „Kauf-

[1]) Silberschmidt S. 273 mit Lit., Könige S. 67, Keyßner i. d. Zeitschr. f. Handelsrecht Bd. 47 S. 293 (Bericht der Aeltesten der Kaufmannschaft von Berlin).

[2]) Nicht zwischen einem Kaufmann und dem Personal eines anderen Kaufmanns, nicht zwischen dem Personal desselben Kaufmanns. Letzteres war in der Kommission ohne Erfolg beantragt worden (Bericht S. 6). Ueber die im einzelnen zweifelhafte, leicht zu Kollisionen zwischen ordentlichen, Gewerbe- und Kaufmanns-Gerichten führende Frage, wer zu den **Handlungsgehilfen** zählt, s. namentlich Staub, H.G.B. § 59 Anm. 11 ff. Nicht vor die Kaufmannsgerichte gehören insbesondere Ansprüche von Handlungsagenten (Staub § 84 Anm. 5) und Handelsmäklern (Staub § 93 Anm 5), von Technikern, Haus- und Comptoirdienern, Packern, Laufburschen oder Kassenboten (Staub § 59 Anm. 13 u. 15). Leistet der Gehilfe kaufmännische und technische Dienste, so wird die tatsächlich überwiegende Beschäftigung entscheiden müssen. Auch die Organe korporativ organisierter Handelsgesellschaften (z. B. die Direktoren einer Aktiengesellschaft) sind nicht Handlungsgehilfen, wenn es auch andrerseits ungenau ist, sie selbst als die Prinzipale zu bezeichnen. Prinzipal (Kaufmann) ist die juristische Person; der Vorstand ist ihr gesetzlicher Vertreter. Dies bestätigt gerade der § 14 K.G.G. Abgesehen von dieser Vorschrift bewendet es beim **Kaufmannsbegriffe** des H.G.B. (§§ 1 ff.). Siehe die Kataloge bei Staub § 1 Anm. 77 ff., § 2 Anm. 3, § 3 Anm. 3. Hervorgehoben sei hier lediglich, daß die Unternehmer eines unter den § 2 H.G.B. fallenden Betriebs (z. B. Bau- und Bergbauunternehmer, Ziegeleibesitzer, Porzellanfabrikanten, Rübenzuckerfabrikanten, Theaterunternehmer) ebenso wie die Unternehmer eines land- oder forstwirtschaftlichen Nebenbetriebs im Sinne des § 3 H.G.B. (z. B. einer Kunstgärtnerei, Essigfabrikation, Branntweinbrennerei) nur dann unter das K.G.G. fallen, wenn ihre Firma bei Prozeßbeginn — spätestens zur Zeit der Urteilsfällung — in das Handelsregister eingetragen ist. Die Minderkaufleute (§ 4 H.G.B.) sind der Gerichtsbarkeit der Kaufmannsgerichte nicht entzogen. Der Eisenbahnfiskus ist Kaufmann (§ 36 H.G.B.), der Postfiskus nicht (§§ 452, 663 H.G.B.). Staub zu § 452, Gierke in Kohlers Enzyklopädie I S. 906. Allein auch Streitigkeiten zwischen dem Eisenbahnfiskus und seinen kaufmännische Dienste leistenden Beamten gehören nicht zur Zuständigkeit der Kaufmannsgerichte (vgl. vielmehr § 70 III G.V.G., Bayern: a. 26 Nr. 1 A.G. z. G.V.G., Preußen: § 39 Nr. 1 A.G. z. G.V.G.). Denn, wie Staub § 36 Anm. 11 mit Recht betont, sind auch die kaufmännische Dienste leistenden Staatsbeamten

mannsgerichte", der weit besser auf die Kammern für Handelssachen passen würde, trifft also für die neuen Sondergerichte gar nicht zu. Sie entscheiden von den „Handelssachen" nur Fälle der Nummer 3 e des § 101 G.V.G., die freilich damit für Orte mit Kaufmannsgerichten ganz erheblich an Bedeutung verloren hat. Während der § 1 I G.G.G. den Gewerbegerichten die Entscheidung von „Streitigkeiten zwischen" Arbeitern und ihren Arbeitgebern zuweist, redet der § 1 I K.G.G. von Streitigkeiten „aus dem Dienst- oder Lehrverhältnisse zwischen" Kaufleuten und ihren Handlungsgehilfen oder Handlungslehrlingen. Diese Fassung wurde nach der Begründung des Gesetzes S. 9 absichtlich gewählt, um der Annahme vorzubeugen, als müsse der Streit unter den ursprünglichen Vertragsparteien bestehen. Vgl. § 101 Nr. 3 mit § 23 Nr. 2 G.V.G. Auch der Rechtsnachfolger (Erbe, Zessionar, Ueberweisungsgläubiger) des Kaufmanns einerseits, des Gehilfen oder Lehrlings andrerseits bleibt daher dem Kaufmannsgericht unterworfen, mag auch die Rechtsnachfolge schon vor[1]) Prozeßbeginn eingetreten sein (vgl. § 263 Nr. 2. C.P.O.). Bekanntlich hatte das Reichsgericht (15. April 1902 **Bd. 51**, 193 mit Lit. S. 194 Note 1, vom 10. Juli 1903 **Bd. 55**, 269), gestützt auf den Wortlaut des § 1 G.G.G., für die Gewerbegerichte das Gegenteil angenommen. Diese schon bisher mit guten Gründen bekämpfte Ansicht[2]) läßt sich fürderhin auch für die Gewerbegerichte nicht mehr aufrecht erhalten. Denn in der genaueren Fassung des § 1 K.G.G. liegt eine authentische Interpretation dahin, daß die Sondergerichtsbarkeit nicht der Person, sondern der Sache gilt. Der Zuweisungsgrund kann für diese beiden nach Zweck und Wesen innig zusammenhängenden Sondergerichte nur ein und derselbe sein. Schon für die Gewerbegerichte hat R.G. 55, 266, was übrigens selbstverständlich sein müßte, anerkannt, daß die Zuständigkeit auch für Klagen des gesetzlichen Vertreters besteht. Zweifellos gehören danach auch Klagen von elterlichen Gewalthabern, Vormündern, Pflegern, sei es des Kaufmanns, sei es des Gehilfen oder Lehrlings,[1]) vor die Kaufmannsgerichte. Desgleichen, wenn der Kaufmann eine Handelsgesellschaft ist, Prozesse der Organe z. B. der Direktoren einer Aktiengesellschaft. Desgleichen aber auch Prozesse, die der Konkursverwalter des Kaufmanns oder des Handlungsgehilfen führt.[2]) Insbesondere ist das Kaufmannsgericht zuständig für die Feststellung der Lohnforderung des Handlungsgehilfen, die im Konkurse des Kaufmanns nach Grund, Betrag oder Vorrecht (§ 61 Nr. 1 K.O.) bestritten worden ist (§ 146 K.O.)[3]).

Eine wichtige subjektive Schranke zieht der § 4 K.G.G.: auf Gehilfen mit mehr als 5000 Mk. Jahresarbeitsverdienst (an Lohn oder Gehalt) und auf Pharmazeuten überhaupt bezieht sich das Gesetz nicht. Vgl. §§ 3 II, 81 G.G.G. Daß in den höher besoldeten Gehilfen gerade die reiferen Elemente für das Beisitzeramt verloren gehen, wurde vergeblich geltend gemacht (Bericht der Kommission S. 8).

Leistungs- oder Feststellungsklagen aus dem kaufmännischen Dienst- oder Lehrverhältnisse gehören nun nach § 5 K.G.G. ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes (also auch bei Werten über 300 Mk.) im einzelnen zur Zuständigkeit der Kaufmannsgerichte, wenn der Streit betrifft:

1. Antritt, Fortsetzung, Auflösung des Dienst- oder Lehrverhältnisses (§§ 59 ff. H.G.B., §§ 611 ff. BGB., vgl. § 888 II C.P.O.). Aushändigung oder Inhalt des Zeugnisses, also insbesondere Berichtigung unwahrer Angaben (§§ 73, 80 H.G.B.; Erzwingung der Ausstellung: § 888 I C.P.O.).

2. Leistungen „aus" (d. h. unmittelbar aus) dem Dienst- oder Lehrverhältnisse (§§ 59 ff. H.G.B.) mag es sich um Ansprüche des Personals (insbesondere auf Vergütung, Unterhalt, Lehre nach § 76 H.G.B.) oder gegen das Personal (insbesondere auf Dienstleistung, Rechnungslegung) handeln. Ansprüche aus Rechtsgeschäften, die durch das Dienstverhältnis lediglich veranlaßt worden sind, wie z. B. aus Kauf-, Miet-, Darlehensverträgen, Verbürgungen, sind — abgesehen von Nr. 3 — vor den ordentlichen Gerichten zu verfolgen. Desgleichen Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812 ff. BGB.), wenn etwa der Dienstvertrag wegen Geisteskrankheit des Prinzipals nichtig war, oder aus unerlaubter Handlung (§§ 823 ff. BGB.,

---

keine Handlungsgehilfen. Das gilt auch für andere Handelsgewerbe, deren Betrieb den Staat zum Kaufmanne macht (Reichsdruckerei, staatliche Porzellanmanufakturen, bayerisches Hofbräuhaus, preußische Seehandlung). Die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit unterstehen nach § 16 G. über die privaten Versicherungsunternehmungen v. 12. Mai 1901 den Kaufmannsgerichten nicht.

[1]) Kulka K.G.G. S. 3, Haas K.G.G. S. 7 f., Apt K.G.G. S. 11, Hirsekorn K.G.G. S. 2; abw. auffallenderweise Menzinger-Prenner K.G.G. S. 21. Nach der Gegenmeinung kann das Sondergericht dadurch umgangen werden, daß der Berechtigte seinen zur Zuständigkeit des Sondergerichts gehörenden Anspruch einem Treuhänder überträgt (ernsthafte, nach außen vollwirksame Abtretung im Gegensatze zu bloßer Scheinzession).

[2]) J. Levy, D. Jur.Ztg. 1903 S. 545 f., Bewer, D. Jur.Ztg. 1904 S. 1110 ff.

[1]) Abweichend Menzinger-Prenner a. a. O.

[2]) Abweichend für die Gewerbegerichte R.G. 55, 266, da der Konkursverwalter nicht gesetzlicher Vertreter sei. Die Begründung geht fehl. Man beachte übrigens, daß R.G. (4. Nov. 1902) 53, 10, um einer unerträglichen Konsequenz seines Standpunkts auszuweichen, den Konkursverwalter für den Zivilprozeß (§ 445 C.P.O.) als Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners behandelt. Auch dieser Gesichtspunkt würde zur Ansicht des Textes führen.

[3]) Hier übereinstimmend Menzinger-Prenner a. a. O. Da „kein innerlicher Wechsel der Personen eintrete". Der Gedanke ist durchaus zutreffend. Siehe Jaeger K.O. (2. Aufl.) § 146 Anm. 15 mit § 6 Anm. 11 ff.

insbesondere aus § 9 G. zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. Mai 1896, siehe daselbst § 15) und Ansprüche aus dem Haftpflichtgesetze (z. B. wegen Körperverletzung oder Tötung im Fabrikbetriebe). Siehe jedoch unsere Nr. 4. Auch die zum Zwecke der Beitreibung eines Gehaltsanspruches erhobene Anfechtungsklage gehört nicht vor das Kaufmannsgericht: der Rückgewähranspruch (§ 7 Anf.G.) gründet sich unmittelbar auf das Gesetz, nicht auf das Dienstverhältnis und richtet sich von vornherein gegen den Dritterwerber, nicht gegen den Prinzipal. Da andrerseits die Zuständigkeit (wie sonst auch) auf die einseitige Behauptung des Klägers abgestellt ist, hat das Kaufmannsgericht selbstverständlich nicht etwa seine Unzuständigkeit auszusprechen (Prozeßurteil), sondern den Gehaltsanspruch als unbegründet abzuweisen (Sachurteil), wenn sich ergibt, daß der Dienstvertrag (vielleicht wegen Geisteskrankheit des Prinzipals) nichtig ist.[1] Einem Bereicherungsanspruch auf Ersatz des Wertes der geleisteten Dienste (§ 818 II BGB.), der aber vor den ordentlichen Gerichten zu verfolgen ist, steht die Rechtskraft dieses Urteils nicht entgegen (§ 322 I C.P.O.). Die Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Dienstverhältnisses (§§ 256, 280 C.P.O.) gehört zur Zuständigkeit der Kaufmannsgerichte. Das folgt, wenn auch nicht aus Nr. 2, so doch sicher aus Nr. 1 des § 5: Feststellung, daß der Beklagte zum „Antritt" eines bestimmten Dienstverhältnisses verpflichtet, (daß der Kläger dazu nicht verpflichtet ist). Das ergibt der Zweck dieser Sondergerichtsbarkeit, eine rasche Klärung der Lage zu schaffen, damit der Prinzipal rechtzeitig einen anderen Gehilfen, der Gehilfe rechtzeitig ein anderes Engagement suchen kann.

3. Rückgabe eines „aus Anlaß" (wenn auch nicht auf Grund) des Dienst- oder Lehr-Verhältnisses übergebenen Gegenstandes, wie z. B. von Kautionen, früheren Zeugnissen, Legitimationspapieren, Quittungskarten der Invalidenversicherung, aber auch von Koffern, Kleidungsstücken, Wertsachen, die der Prinzipal in Verwahrung übernommen, zu Pfand erhalten, entliehen hatte. So auch Ansprüche des Prinzipals z. B. aus einer durch das Dienstverhältnis veranlaßten Verleihung oder Vermietung.

4. Schadensersatz oder Konventionalstrafe (§§ 249 ff., §§ 339 ff. BGB.) wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung „der Verpflichtungen, welche die unter Nummer 1 bis 3 bezeichneten Gegenstände betreffen", (z. B. Klagen gegen den Gehilfen oder Lehrling nach §§ 60 I, 70 II, 76 I, 77 III, 78 II H.G.B., Klagen gegen den Prinzipal nach §§ 70 II, 77 III H.G.B., nicht aber Deliktsklagen als solche [s. oben 2], oder wegen gesetzwidriger oder unrichtiger Eintragungen in Zeugnisse (§§ 73, 80 H.G.B.), Krankenkassenbücher oder Quittungskarten der Invalidenversicherung (§§ 139, 184 Inv.Vers.G. i. F. vom 19. Juli 1899).

5. Berechnung und Anrechnung der von Gehilfen oder Lehrlingen zu leistenden Krankenversicherungsbeiträge und Eintrittsgelder (§§ 53a, 65 Kr.Vers.G. i. F. v. 10. April 1892).[1]

6. Ansprüche aus der Konkurrenzklausel d. h. aus einer Vereinbarung, durch die der Gehilfe oder Lehrling für die Zeit nach Beendigung des Dienst- oder Lehrverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränkt wird (§§ 74 bis 76 H.G.B., § 343 BGB.; die §§ 60 I, 76 I H.G.B. fallen unter Nr. 4; der § 348 H.G.B. ist hier unanwendbar). (Schluß folgt.)

(Schluß folgt.)

## Zum bayerischen Uebergangsrecht.

Von Reichsgerichtsrat **Schneider**.

Es ist schon von anderer Seite beklagt worden, daß sich die oberstrichterliche Rechtsprechung für Bayern in der Zeit des Uebergangs vom alten zum neuen Recht nicht im erwünschten Maße betätigen kann, weil dem die Vorschriften in §§ 549, 562 C.P.O., §§ 6, 7 E.G. z. C.P.O., §§ 1, 6 der Kais. V.O. v. 28. Septbr. 1879, § 8 E.G. z. G.V.G. u. Art. 42 des bayer. A.G. z. G.V.G. Hindernisse bereiten. (Vgl. Jurist. Wochenschr. 1900 S. 801.)

Zwar bahnt Art. 6 E.G. z. BGB. eine weitergehende Zuständigkeit des Reichsgerichts an, aber nur für den durch Klage oder Widerklage auf Grund des BGB. geltend gemachten Anspruch. Dieser ist aber in vielen Fällen nur insofern bekämpft, als Einreden dagegen erhoben werden, deren Grund oder Ungrund den eigentlichen, noch nach bayerischem Landesrecht zu beurteilenden Streitstoff bildet. Wenn z. B. ein bayerisches Oberlandesgericht über eine auf Eigentum gestützte Klage nach § 1004 BGB. gegen Dienstbarkeitsübung oder Pfandansprüche des Beklagten entschieden hat und darauf Revision eingelegt wird, so überweist entsprechend dem Art. 6 E.G. zum BGB. das Kgl. Bayer. Oberste Landesgericht die Sache dem Reichsgericht. Dieses sieht sich aber nach obigen Bestimmungen außerstande, über den Hauptstreitstoff, im Beispiel über die Fragen der Entstehung und Fortdauer der Dienstbarkeit oder des Immobiliarpfandrechts zu urteilen, muß vielmehr die oberlandesgerichtliche Entscheidung hierüber als irrevisibel seinem Urteile zugrunde legen.

[1]) Im Ergebnis übereinstimmend G.G. Berlin vom 19. Juni 1900 v. Schulz-Schalhorn S. 280.

[1]) Bis dahin (Nr 1—5) entspricht der § 5 K.G.G. in der Hauptsache dem § 4 Nr. 1—5 G.G.G. Die Regierungsvorlage wollte in einem Abs. II Streitigkeiten aus der Konkurrenzklausel ausdrücklich ausnehmen, der Reichstag beschloß dagegen die Einstellung der jetzigen Nr. 6 (siehe oben 4).

das sich also dann nur mit der nebensächlichen oft an sich unbestrittenen Anwendung des auf den Klaganspruch unmittelbar einschlagenden Reichsgesetzes begnügen muß. Auf diese Weise sind häufig Rechtsstoffe von besonderer Wichtigkeit, namentlich auch solche, die das unbewegliche Vermögen betreffen, sowohl der Entscheidung des Kgl. Bayer. Obersten Landesgerichts als der des Reichsgerichts entzogen und manche sonst vielleicht aussichtsreiche Revision muß deshalb, um unnötige Kosten zu ersparen, unterbleiben oder zurückgenommen werden.

Es soll hier unerörtert bleiben, ob nicht unter Umständen z. B. wenn nicht bloß die Verfolgung, sondern auch die Entstehung des Eigentums des Klägers bestritten ist, sich auch nach Art. 6 E.G. z. BGB. die Zuständigkeit des bayerischen obersten Gerichtshofes herbeiführen ließe, oder ob nicht im Wege der Inzidentfeststellungs-Klage oder Widerklage nach § 280 C.P.O. ein gleiches Ergebnis zu erzielen wäre. Diese Fragen sind nicht unzweifelhaft und die zweite ist überdies vom Parteibelieben abhängig.

Von der Zeit an, da in Bayern das Grundbuch für angelegt erklärt sein wird, muß sich der erwähnte Mißstand — als solcher darf obige Sachlage wohl bezeichnet werden — zwar allmählich in Streitsachen über unbewegliches Vermögen abschwächen, ganz wird er erst dann aufhören, wenn reines Reichsrecht auch für Bayern in allen einschlägigen Fragen anzuwenden sein wird, die Notwendigkeit der Heranziehung alten bayerischen Rechts oder bayerischer Uebergangsbestimmungen also gänzlich wegfällt.

Zur Minderung des besprochenen Uebelstandes kann zurzeit nur um so eifrigere Behandlung der betreffenden Rechts- und Streitfragen in der Rechtswissenschaft namentlich innerhalb Bayerns und die Anbahnung möglichst einheitlicher Urteile der bayerischen Oberlandesgerichte darüber empfohlen werden. Dieses letzte Ziel ist nur durch Veröffentlichung solcher Urteile in bayerischen Fachzeitschriften zu erreichen.

Auch die nachstehenden Ausführungen wollen einige Anregung zur Besprechung zweier nicht unwichtiger Gebiete des bayerischen rechtsrheinischen Rechts der unbeweglichen Sachen geben.

### 1. Fortwirkung des Art. 14 Not.Ges. vom 10. Nov. 1861? Heilung ihrer Folgen?

Es hat zwar den Anschein, als solle der dem obigen Artikel ähnliche § 313 BGB. eine gleich umstrittene Gesetzesstelle werden, wie jener, immerhin aber trägt im Gegensatz zu Art. 14 der § 313 in seinem zweiten Satze das Heilmittel gegen seine allzu einschneidenden Wirkungen schon in sich. Beide Vorschriften beruhen auf dem gesetzgeberischen Grunde, daß die Bevölkerung vor zu schnellem und leichtfertigen Eingehen von — meist wichtigen und hochwertigen — Verträgen über Grundstücke geschützt sein soll. Diesen Zweck sucht Art. 14 durch den strengen Wortlaut zu erfüllen: „Ueber alle Verträge, welche die Besitzveränderung oder das Eigentum unbeweglicher Sachen . . . betreffen, sind bei Strafe der Nichtigkeit Notariatsurkunden zu errichten.“ Es ist jedoch bekannt, daß im Laufe der Jahre trotz dieses für unbedingte Ungültigkeit auch der den wahren Vertragswillen nicht beurkundenden Notariatsverträge sprechenden Wortlauts eine mildere Auslegung im Sinne ihrer nur bedingten (relativen) Nichtigkeit d. i. Anfechtbarkeit Platz gegriffen hat. Sie kam auch den Bedürfnissen des wirtschaftlichen Lebens in wünschenswerter Weise deshalb entgegen, weil Tausende von Verträgen, in denen der Kostenersparung oder anderer Gründe wegen Kaufpreisteile oder sonstige Vertragsbestimmungen verschwiegen wurden, immer vorhanden sind und weil die drohende Gefahr, daß innerhalb der ordentlichen 30jährigen Verjährungszeit sogar mittels Einreden ihre Nichtigkeit immer geltend gemacht werden könnte, tunlichst gemildert werden mußte. So hat denn die Rechtsprechung solche einredeweise Geltendmachung nicht mehr gestattet, sondern ausdrückliche Anfechtungs-Klage oder Widerklage von dem verlangt, der aus der Ungültigkeit des Vertrages Folgen ableiten will. (Vgl. Samml. alte Folge XV S. 68, 146, 774 XVI S. 233, 270, neue Folge I S. 188, III S. 8.)

Dieser Schutz gegen allzu schwere Folgen des Art. 14 ist aber durch Einführung des BGB. in Frage gestellt und nach richtiger Ansicht wohl beseitigt worden. Zwar sollen nach Art. 189 E.G. z. BGB. und Art. 132 des neuen bayerischen Notariatsgesetzes die liegenschaftsrechtlichen Vorschriften des alten Notariatsgesetzes und damit auch dessen Art. 14 insolange in Kraft bleiben, als das Grundbuch noch nicht als angelegt anzusehen ist, aber daraus folgt nicht die Fortgeltung des Art. 14, seiner Auslegung und Anwendung, in jeder einzelnen Richtung.

Es bestand Streit darüber, ob der von ihm vorgeschriebene Notariatsvertrag als durchaus einheitlicher (obligatorischer) oder als meist gemischter, zugleich obligatorischer und dinglicher zu betrachten ist. Der letzten Meinung wird mit dem Beisatze beizupflichten sein, daß der dingliche Eigentumsübertragungsvertrag doch immer erst durch hinzukommende tatsächliche Besitzübergabe nach den meisten bayerischen Einzelrechten in der Regel vollwirksam wird. (Vgl. von Jacubezky in „Bemerkungen zum Entwurf des BGB.“ S. 14 ff. 186 und in Bl. f. R.A. 68 S. 449, Rehm, Not.-Ges. Art. 14 Anm. 5 N. I, Sammlung neue Folge IV S. 733.)

Aber mag man der einen oder der andern jener Meinungen folgen, das Ergebnis für gegenwärtige Frage wird das gleiche sein. Unbestritten muß der der Eigentumsübertragung zugrunde liegende Verpflichtungsvertrag auch in der Ueber-

gangszeit, solange das Grundbuch noch nicht als angelegt gilt, nach neuem Recht, nach § 313 BGB., beurteilt werden. (Habicht, Die Einwirkung 2c. 2c. 3. Aufl. S. 453 ff., Niedner, E.G. S. 395 f., Planck, Komment. Art. 189 E.G. Note 4, 10, Staudinger Kommentar 1. Aufl. Bd. 6 S. 236.)

Kommt also nur ein solches Kausalgeschäft in Betracht, so bemessen sich seine Form und die Folgen der Formverletzung nur nach dem BGB. Erfüllt aber der Notariatsvertrag neben seiner obligatorischen Aufgabe zugleich die dingliche der Eigentumsübertragung, so bildet er doch auch nach dieser Meinung — vgl. obige Stellen — eine Einheit und es erscheint als rechtlich unmöglich, ihn nach seiner Form usw. bald nach Reichsrecht, bald nach Landesrecht zu behandeln, es müssen vielmehr auf ihn als Ganzes einheitliche Vorschriften Anwendung finden und diese können, da Reichsrecht dem Landesrecht vorgeht — Art. 2 der Reichsverfassung — nur jenem d. i. dem BGB. entnommen werden.

Nur in den ganz seltenen Fällen, in denen z. B. zum Vollzug eines Gesellschaftsvertrages oder einer Erbteilung ein rein dinglicher Eigentumsüberlassungvertrag ohne jede Beifügung wesentlicher obligatorischer Bestimmungen geschlossen wird, kann man auf ihn in der Uebergangszeit noch vollständig den Art. 14 und dessen bisherige Auslegung anwenden.

So gelangt man zu dem Rechtssatze, daß auf den in der Zeit vom 1. Januar 1900 bis zur erklärten Grundbuchanlegung abgeschlossenen bayerischen Vertrag über Grundeigentum in der Regel die Form- und Formverletzungsvorschriften des BGB. zur Anwendung zu kommen haben mit Ausnahme der durch Art. 141 E.G. z. BGB. Art. 167 Ziff. I des bayer. A.G. z. BGB. ausgeschlossenen Möglichkeit gerichtlicher Beurkundung. Diesen Satz hat auch das Reichsgericht in der bayerischen Sache V 149/03 v. 30. Septbr. 1900 seiner Entscheidung zugrunde gelegt. Aus ihm ist aber weiter zu folgern, daß ein formloser oder den wahren Vertragswillen in wesentlichen Stücken nicht beurkundender Notariatsvertrag aus dem angegebenen Zeitraum unbedingt (absolut) nichtig und nicht bloß anfechtbar ist (§§ 313, 125 BGB.).

Auf den vor 1. I. 1900 geschlossenen bayerischen Immobiliarvertrag muß dagegen Art. 14 und dessen bisherige Auslegung noch voll zur Anwendung kommen. (Vgl. Habicht a. a. O. S. 131, II S. 133 oben.)

Versagt somit in Ansehung der seit 1. Januar 1900 geschlossenen Verträge über Grundeigentum das bisherige, wenn auch unvollkommene Schutzmittel gegen deren nachträgliche Bemängelung, so ist das Bestreben, auf Grund der neuen Gesetze ein solches zu suchen, wohl berechtigt.

Man könnte zunächst an die Möglichkeit einer Bestätigung des unvollkommenen Notariatsvertrags durch nachträgliche Handlungen, wie Besitzübertragung und Belassung, Erfüllungsverlangen u. dgl. denken. Allein wenn, wie gezeigt, der formwidrige Notariatsvertrag seit 1900 nach § 125 BGB. absolut nichtig ist, so kann er nicht mehr durch beliebige formlose Handlungen nach § 144 BGB., sondern nur durch formgerechte Wiederholung gemäß § 141 daselbst geheilt werden. Anders vielleicht bei dem Vertrage aus der Zeit vor 1. Januar 1900.

Das Auskunftsmittel ferner, das v. Jacubezky in Bl. f. R.A. 68 S. 449 und Habicht a. a. O. S. 455 vertreten, daß nämlich die Eigentumsübertragungstatsachen alten Rechts, also der desfallsige Vertrag, die Besitzübergabe, die Bewilligung der Besitztitelsberichtigung und die Besitztitelsberichtigung selbst in ihrem Zusammenhalt die Erfordernisse des Satzes 2 des § 313 BGB. d. i. Auflassung und Eigentumseintragung schon für sich allein ersetzen und somit den unvollkommen beurkundeten Immobiliarvertrag heilen sollen, hat zwar viel verlockendes, kann aber ohne weiteres nicht anerkannt werden. Genannter Satz 2, der ganz bestimmte unter Mitwirkung der Grundbuchbehörde vorgenommene, ausschließlich auf Eigentumsübertragung gerichtete, hinsichtlich ihrer äußerlichen Vornahme meist unbestreitbare Handlungen voraussetzt, kann auch nicht entsprechend auf Handlungen angewendet werden, die zum Teil ganz anderen Zwecken dienen oder hinsichtlich ihrer tatsächlichen Vornahme, wie z. B. die Besitzübertragung, leicht bestreitbar und oft bestritten sind. Das Hypothekenbuch ist noch kein Grundbuch und das Hypothekenamt handelt an sich noch nicht als Grundbuchamt. So hat denn auch schon ein bayerisches Oberlandesgericht diesen Weg der Heilung als unmöglich verworfen und das Reichsgericht hat dem im Urteil V 258/04 vom 8. Juni 1904 beigestimmt.

Eine andere, der Erwägung werte Frage aber ist die, ob jene Eigentumsübertragungstatsache alten Rechts, wenn auch nicht für sich allein, so doch im Zusammenhalt mit Durchführung der bayerischen Gesetze und Verordnungen über Anlegung des Grundbuches heilende Kraft im Sinne des Satzes 2 des § 313 BGB. zu äußern vermögen? Ich möchte diese Frage bejahen.

Nach Art. 10 des Ges. die Vorbereitung der Anlegung des Grundbuches in den Landesteilen rechts des Rheins betr. vom 18. Juni 1898 ist das Hypothekenamt beurkundungsberechtigt zum Zwecke des Anlegungsverfahrens, es übt somit eine vorbereitende grundbuchamtliche Tätigkeit. Art. 14 gestattet die Anpassung des Hypothekenbuches an das künftige Grundbuch durch Anordnung des Justizministeriums. § 4 der zu diesem Gesetz erlassenen Verordnung vom 23. Juli 1898 befiehlt die öffentliche Bekanntmachung des Beginns der Anlegungsarbeiten und die §§ 21, 22 daselbst

schreiben eine zweite öffentliche Bekanntmachung vor, worin zur Wahrung aller Rechte aufgefordert und angedroht wird, daß nach dem Ablaufe der Frist das Grundbuch für angelegt erklärt werden kann und daß die Beteiligten dann den öffentlichen Glauben des Grundbuchs gegen sich gelten lassen müssen.

Wenn nun auch dieser öffentliche Glaube — § 891 BGB. — nicht schlechthin gegen künftige Anfechtung unrichtig beurkundeter Notariatsverträge und darauf beruhender Grundbucheinträge schützen könnte (vgl. Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht Bd. I § 891 Note 6 S. 199 f.), so setzen doch offenbar das Anlegungsgesetz und die Verordnung hiezu die Eigentumsübertragungstatsachen alten Rechts im Zusammenhalte mit der Unterlassung der Rechtsanmeldung im Anlegungsverfahren einer förmlichen Auflassung gleich, weil sie auf Grund alles dessen das Grundbuch für angelegt erklären und damit den Erwerber als Eigentümer darin eintragen wollen. Hiedurch wäre für das eine Erfordernis des mehrgenannten Satzes 2, für das der Auflassung, genügender Ersatz geschaffen. Daß aber das zweite der dortigen Erfordernisse, die Eintragung des Eigentums ins Grundbuch, mit dem Augenblick, wo dieses als angelegt gilt, eingetreten ist, bedarf weiterer Ausführung nicht.

In diesem Augenblicke wären sonach die vorher abgeschlossenen, unrichtig beurkundeten Notariatsverträge ihrem ganzen, aus verbrieften und nicht verbrieften Abmachungen sich zusammensetzenden Inhalte nach geheilt und damit auch für die vor 1900 geschlossenen Verträge ein vollkommeneres Ergänzungsmittel gegeben, als es in Ansehung ihrer das bisherige Verbot einredeweiser Geltendmachung der Nichtigkeit gewähren konnte.

Zuzugeben ist, daß man auch vorstehenden Erwägungen, wenigstens was den Ersatz der Auflassung anlangt, Zweifel entgegenstellen kann, aber eine genaue Prüfung der Frage ist jedenfalls sehr empfehlenswert und ihre Bejahung wäre als Abschneidung eines überaus lästigen Schwebezustandes freudig zu begrüßen. Könnte man sich zu oben dargelegter Meinung nicht schon jetzt entschließen, so wäre immerhin noch zu untersuchen, ob nicht durch Gesetz unter wiederholter Vorstreckung einer Widerspruchsfrist die Eigentumsübertragungstatsachen alten Rechts der förmlichen Auflassung gleichgestellt werden sollten.

**2. Haftung von Bestandteilen und Zubehör für Hypotheken.**

Auch diese Frage beschäftigt von jeher und besonders in der Uebergangszeit, namentlich auch in Bayern, die Gerichte und mehr noch die beteiligten Kreise in hohem Maße. Seitens der Maschinenfabrikanten z. B. werden laute Klagen über die ihre Sicherung für Maschinenkaufschillinge schwer gefährdenden §§ 93 ff. BGB. und die Rechtsprechung hiezu erhoben. Diese Klagen würden allerdings — nebenbei bemerkt — zum großen Teil verstummen, wenn bei Lieferung von Maschinen u. dgl. statt des bisher meist allein üblichen Eigentumsvorbehalts hypothekarische Sicherung möglichst günstigen Ranges oder Gleichranges angestrebt würde, welchem Bestreben der Fabrikanten die Beteiligten gewöhnlich re integra zustimmen würden, weil ja die Verbesserung des Grundstücks durch Maschineneinbringen meist allseitigen Nutzen — auch für die Hypothekengläubiger — bringt.

Rechtswissenschaft und Rechtsprechung namentlich die des Reichsgerichts haben bisher aus den §§ 93 bis 98 BGB. und den Uebergangsvorschriften hiezu folgende Hauptgrundsätze entnommen:

I. Die Bestandteils- und Zubehör-Eigenschaft einer ursprünglich beweglichen Sache ist vom 1. Januar 1900 an, im ganzen Reiche, auch dort, wo das Grundbuch noch nicht als angelegt erklärt ist, nach neuem Rechte zu behandeln, in der Regel ohne Rücksicht darauf, ob dadurch sog. wohlerworbene Rechte beeinträchtigt werden oder nicht. (Vgl. Entsch. d. R.G. Bd. 46 S. 171, Bd. 53 S. 350, Bd. 56 S. 243, Urt. d. R.G. V 209/03 vom 26. September 1903.)

II. Dagegen kommt für die Frage der Haftung von Bestandteilen und Zubehör für Hypotheken altes Recht dort zur Anwendung, wo das Grundbuch noch nicht als angelegt gilt. (Vgl. Entsch. d. R.G. Bd. 46 S. 171, Jur. Wschr. 1900 S. 641, 1902 S. 122, Urt. d. R.G. V 162/04 vom 2. November 04.)

III. Auch Maschinen und ähnliche bewegliche Sachen können bei gegebenen Voraussetzungen der §§ 93, 94 BGB. Bestandteile von Gebäuden, insbesondere von Fabriken sein. Selbstverständlich aber können sie, wenn sie nicht schon Bestandteile sind, Zubehör sein, sofern die Erfordernisse der §§ 97, 98 BGB. erfüllt sind. (Vgl. Entsch. d. R.G. Bd. 50 S. 241, Jur. Wschr. 1900 S. 889, 1902 Beil. S. 219, 1904 S. 138/2.)

IV. Freiwillige — gewillkürte — Zubehörerklärung kennt das neue Recht nicht mehr. (Vgl. Entsch. d. R.G. Bd. 55 S. 288.)

In Bayern war entsprechend den minder genauen Begriffsbestimmungen der dort eingeführt gewesenen Landeszivilrechte früher zwischen Bestandteil und Zubehör nicht immer so scharf unterschieden worden, wie es jetzt nach BGB. zu geschehen hat. Ein zu begrüßender Fortschritt der Rechtseinheit auch für die Uebergangszeit ist dadurch eingetreten, daß die bayer. Hypothekengesetz-Novelle vom 20. Dezember 1900 zwei bayerische Streitfragen: 1. ob fremde bewegliche Sachen im Gegensatz zu § 1120 BGB. als Zubehör für Hypotheken haften können? 2. ob noch gewillkürte Zubehör möglich ist? durch Verneinung beider Fragen mit rückwirkender Kraft beseitigt hat. Die oberlandesgerichtlichen Entscheidungen hierüber werden und müssen nunmehr in diesen Richtungen übereinstimmend ergehen und kann deshalb die im Eingang beklagte Er-

schwerung oberstrichterlicher Rechtsprechung in diesen Stücken nicht mehr ins Gewicht fallen.

Bei Gelegenheit eines derartigen, an das Reichsgericht gelangten Rechtsstreits hat sich eine eigentümliche Rechtslage ergeben. Ein bayerisches Oberlandesgericht hatte einige Tage vor Inkrafttreten erwähnter Novelle die Haftung fremder Sachen als Zubehör für Hypotheken angenommen. Das Reichsgericht mußte diesen Ausspruch wegen Irrevisibilität der bayerischen Landesgesetze seinem Urteil zugrunde legen, aber auch das bayerische Oberste Landesgericht hätte ihn — seine Richtigkeit nach älteren Landesgesetzen vorausgesetzt — auf Grund der rückwirkenden Novelle nicht abändern können. (Vgl. Entsch. d. R.G. Bd. 45 S. 418, Bayer. Samml. neue Folge Bd. V S. 88.)

---

# Leistungen „Zug um Zug“.

Von Universitäts-Professor Dr. **Paul Oertmann** in Erlangen.

## I. Das Problem.

Die Frage, wieweit das Recht eines Schuldners, nur „Zug um Zug“ gegen eine ihm vom Gläubiger geschuldete Gegenleistung erfüllen zu müssen, eine Verschiebung des Erfüllungsortes für die eine oder andere Leistung herbeiführe, ist meines Wissens bisher noch nicht selbständig untersucht und überhaupt in der Literatur kaum mehr als mit ein paar gelegentlichen Worten gestreift worden. Diese Vernachlässigung eines an praktischer Wichtigkeit vor vielen anderen weit hervorragenden, dabei theoretisch interessanten Problems hat sich auch in der Rechtsprechung als unheilvoll erwiesen: man vermißt in den zahlreichen damit zusammenhängenden Erkenntnissen ganz regelmäßig selbst eine genügend geklärte Stellung der Frage, um wie viel mehr natürlich eine befriedigend begründete und den Zweifel ausschließende Entscheidung. Dasselbe Reichsgericht, welches an anderen Stellen an einer Verschiedenheit des beiderseitigen Erfüllungsortes beim Kauf (s. z. B. Bd. 56 Nr. 33) wie beim Tausch (s. Bd. 51 Nr. 85) keinen Anstoß nimmt, folgert aus dem angeblich untrennbaren Zusammenhang der Zug um Zug-Leistungen bei der Wandlung für beide einen notwendig einheitlichen Erfüllungsort!

Das Bedürfnis, hier klärend einzusetzen, ist für Theorie und Praxis unverkennbar; es möge die folgenden Zeilen rechtfertigen.

## II. Anwendungsfälle der Leistungspflicht Zug um Zug.

Daß eine Leistung nur Zug um Zug gegen eine ihrem Empfänger obliegende Gegen- oder sonstige Leistung zu machen ist, kann sich sowohl aus gesetzlicher Vorschrift wie aus besonderer Abrede ergeben.

A. Gesetzliche Fälle.

Das BGB. erwähnt bekanntlich drei Fälle der hier in Rede stehenden Art, die teilweise über ihr unmittelbares Geltungsgebiet hinaus „entsprechende“ Anwendung finden sollen.

1. Das Zurückbehaltungsrecht, §§ 273/4.

Daß der Schuldner, dem ein konnexer fälliger Gegenanspruch zusteht, nur Zug um Zug gegen die Gegenleistung zu leisten brauche, wird freilich in § 273 nicht geradezu ausgesprochen; in der Sache aber ergibt sich eine derartige Gestaltung zwingend aus § 274: die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes bewirkt, „daß der Schuldner zur Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung (Erfüllung Zug um Zug)[1]) zu verurteilen ist“. Das Zurückbehaltungsrecht selbst besteht laut § 273 in dem Recht der Leistungsweigerung des Schuldners „bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird“.

2. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, §§ 320, 322.

Auch hier sagt das Gesetz nicht, daß der Schuldner nur Zug um Zug gegen die Gegenleistung zu leisten verpflichtet sei; es gibt ihm nur, soweit er nicht vorzuleisten hat, ein Recht, die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern, und bekleidet die Geltendmachung der damit verliehenen Einrede mit der Wirkung, „daß der andere Teil zur Erfüllung Zug um Zug zu verurteilen ist“.

Im ersten Entwurf war, § 362, geradezu ausgesprochen, daß die Erfüllungspflicht der beiden Kontrahenten nur auf Leistung Zug um Zug gehe:

> „Der gegenseitige Vertrag ist von den Vertragschließenden wechselseitig zu gleicher Zeit (Zug um Zug) zu erfüllen, sofern nicht aus dem Gesetze oder aus dem Vertrage ein Anderes sich ergibt.“

In der zweiten Lesung hat man diesen Passus aus redaktionellen Gründen gestrichen, s. Protokolle Bd. I S. 626/7, 633. Man wollte den Gegensatz zum Preußischen Landrecht, das bei der Klage aus gegenseitigem Vertrag die vom Kläger vollzogene oder doch wirksam angebotene Erfüllung zum Klagegrunde gehören ließ, deutlich herausstellen und fürchtete, daß § 362 mißverstanden werden könne. In der Sache sollte das nichts ändern: daß § 362 den Standpunkt des Landrechts nicht in das neue Gesetzbuch hinüberführen wollte, ergab bereits § 366, wonach der Kläger den Beweis der ihm obliegenden Leistung erst auf eine vom Beklagten erhobene Einrede zu erbringen haben sollte. Der Satz des § 362 gilt somit im Grunde trotz seiner formellen Streichung: die Pflicht des Beklagten erfährt nicht erst durch das ihn zur Leistung Zug um Zug verurteilende Erkenntnis eine Ein-

[1]) Leistung Zug um Zug ist also im Sinne des Gesetzes: Leistung gegen gleichzeitigen Empfang der Gegenleistung.

schränkung; er war vielmehr auch schon vorher nur zu einer Zug um Zug-Leistung verpflichtet in dem Sinne, daß er wider seinen Willen nicht zu mehr angehalten werden konnte. Nicht das Urteil im Sinne des § 322 beschränkt die Verpflichtung, sondern die Beschränktheit der Verpflichtung rechtfertigt das entsprechende Urteil. Die Leistungspflicht „Zug um Zug" ist von einer übrigens gleichartigen reinen Leistungspflicht materiell verschieden, nicht nur in ihren prozessualen Wirkungen. Wie, das soll im nächsten Abschnitt (III) näher erörtert werden.

3. Der Rücktritt, § 348:

„Die sich aus dem Rücktritt ergebenden Verpflichtungen sind Zug um Zug zu erfüllen. Die Vorschriften der §§ 320, 322 finden entsprechende Anwendung."

Im Gegensatz zu den bisher besprochenen Fällen wird hier ein Verpflichtetsein, eine Erfüllungspflicht bloß Zug um Zug als materiellrechtlich vorhanden, nicht nur durch Urteil auszusprechen, vorgeschrieben. Der erste Entwurf kannte diesen Gegensatz noch nicht; mit dem § 362 verglichen hatte der damalige, später in den entscheidenden Worten unverändert gebliebene § 428 (jetzt 348) eine durchaus gleichartige Fassung. Der jetzige Gegensatz erklärt sich daraus, daß die den § 362 umgestaltende Tätigkeit der Redaktionskommission sich auf § 428 (348), vielleicht nur rein zufällig, nicht erstreckt hat. Daß damit eine materielle Verschiedenheit hat ausgedrückt werden sollen, ist schon angesichts der Entstehungsgeschichte nicht anzunehmen (s. unten III, 6).

4. Dazu kommen drei Fälle „entsprechender" Anwendbarkeit des § 348:

a) Auf die Wandelung finden laut § 467 gewisse Sätze des Rücktrittsrechtes entsprechende Anwendung, darunter auch unser § 348. Somit sind die sich aus der vollzogenen Wandlung ergebenden Verpflichtungen des Verkäufers und Käufers gleichfalls „Zug um Zug" zu erfüllen.

b) Die Vorschriften über die Gewährleistungspflichten des Verkäufers finden nach § 493 auf andere Verträge entsprechende Anwendung, „die auf Veräußerung oder Belastung einer Sache gegen Entgelt gerichtet sind". Also auch § 467 und indirekt der dort wieder für entsprechend anwendbar erklärte § 348.

c) Nach § 634 Abs. 4 finden auf die Wandlung beim Werkvertrage gewisse „für den Kauf geltende Vorschriften", darunter § 467, entsprechende Anwendung, also auch wieder der dort für entsprechend anwendbar erklärte § 348. Auch bei der Wandlung des Werkvertrages also sind die beiderseitigen Verpflichtungen Zug um Zug zu erfüllen.

B. Vertragsmäßige Fälle.

Daß die Parteien im Rahmen der allgemeinen Bestimmungsfreiheit in der Lage sind, sich zu Leistungen Zug um Zug zu verpflichten, ist unzweifelhaft. Man kann dabei an folgende Fälle denken:

a) Die Parteien vereinbaren die Zug um Zug-Leistung in solchen Fällen, wo sie schon nach dem Gesetze auch ohne besondere Abrede einzutreten hätte, z. B. X verkauft dem Y eine Sache „lieferbar Zug um Zug gegen den Kaufpreis". Eine solche Abrede kann den Sinn haben, daß sich die Beteiligten damit nur den Inhalt der ihnen obliegenden Pflichten besonders einschärfen oder klarstellen wollen; möglicherweise liegt der Grund auch einfach in Unkenntnis der gesetzlichen Bestimmungen. Alsdann hat die Abrede im Zweifel keine von der gesetzlichen Regelung abweichende Wirkung.

b) Sie stellen die Leistungspflicht Zug um Zug für solche Fälle auf, wo sie ohnedies nicht eintreten würde; z. B. es wird bei einem Mietvertrage vereinbart, daß der Mietzins Zug um Zug gegen die Besitzeinräumung der Mietsache zu zahlen sei. Alsdann werden die gesetzlichen Bestimmungen über die Zug um Zug-Leistungen darauf in der Regel schlechthin anwendbar sein.

c) Möglicherweise handelt es sich im Sinne der Parteien darum, den Zusammenhang der beiderseitigen Verpflichtungen über das gesetzliche Maß hinaus zu steigern, etwa in dem Sinne, daß jeder von vornherein nur gegen Angebot der Gegenleistung zu fordern berechtigt sein, oder daß Leistung und Gegenleistung schlechthin am gleichen Orte ausgetauscht werden sollen. Das muß selbst unter der, später zu prüfenden, Voraussetzung als wirksam angesehen werden, daß mit der gesetzlichen Zug um Zug-Leistung ein so weitgehender Zusammenhang der beiden Leistungen nicht hergestellt werde. Ob aber in jeder Vereinbarung, es solle „Zug um Zug" geleistet werden, ein solcher Sinn zu finden sei, kann billig bezweifelt werden. Es ist mangels besonderer auf eine weitergehende Parteiabsicht hinweisender Umstände nicht anzunehmen, daß die Parteien mit einem vom Gesetze in bestimmtem Sinne gebrauchten Ausdruck eine andere, weitergehende Bedeutung haben verbinden wollen. Somit wird das, was wir unten für die gesetzlichen Fälle der Leistungen Zug um Zug festzustellen haben, wenigstens im Zweifel für die vertragsmäßigen Geltung beanspruchen dürfen. Der Einwurf, daß die Parteien dann unter Umständen etwas Selbstverständliches mit ihrer Klausel gesagt hätten, schlägt angesichts des oben zu a Gesagten nicht durch.

d) Nur scheinbar gehören in diesen Zusammenhang solche Fälle, in denen jemand unter der Bedingung einer ihm Zug um Zug zu machenden realen Leistung etwas verspricht. Denn alsdann fehlt es an der Beiderseitigkeit der Verpflichtungen; der bedingt Berechtigte leistet nicht solvendi sondern condicionis implendae causa, und wenn er klagt, ohne den Nachweis der vollzogenen Leistung zu erbringen, muß das Gericht seine Klage abweisen,

nicht etwa eine Verurteilung auf Leistung Zug um Zug aussprechen, und zwar abweisen **von Amts wegen**, nicht etwa nur auf erhobene Einrede des bedingt Verpflichteten.

### III. Rechtliche Natur.

1. Während im Römisch-gemeinen Recht das „funktionelle Synallagma" (**Bechmann**) der gegenseitigen Verträge dem auf Leistung verklagten Schuldner in der exceptio non adimpleti contractus nach der herrschenden und richtigen Ansicht nur eine wahre Einrede verlieh, gewährt das **Allgemeine Landrecht** dem Gläubiger von vornherein eine Klage auf die gegnerische Leistung nur auf Grund des, zum Klagegrund gehörigen, Nachweises, daß er seinerseits erfüllt habe oder erst zur Nachleistung verpflichtet sei. Andernfalls konnte er nur Erfüllung Zug um Zug fordern (I, 5, § 271, dazu **Rehbein-Reinke** Anm. 128/9 und die dort mitgeteilte Judikatur).

Schon in den Motiven zu § 362 (S. 201) wurde diese landrechtliche Konstruktion abgelehnt, und § 366 des Entwurfs stand zu ihr in unversöhnlichem Gegensatz. Die zweite Lesung vollends beseitigte selbst den § 362 um des möglich erscheinenden Mißverständnisses willen, es sei darin eine dem Landrecht entsprechende Gestaltung anerkannt (s. oben II). Der Wortlaut des Gesetzes endlich, der dem aus gegenseitigem Vertrage in Anspruch Genommenen nur ein Recht gibt, die Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern, ist mit jener Gestaltung schlechthin unvereinbar. Somit ist dieselbe denn auch in Wissenschaft und Rechtsprechung so gut wie einmütig abgelehnt; wenn **Landé** (Kommentar zu § 320 Anm. 5) die landrechtliche Behandlungsweise auch im neuen Recht wiederzufinden glaubte, so hat diese beweislos gebliebene, vereinzelte Behauptung mit Recht keinerlei Beachtung gefunden.

In stark abgemilderter Weise hat aber inzwischen ein viel einflußreicherer Schriftsteller, **Endemann**[1]) eine verwandte Lehre aufgestellt, und wenn ihm auch meines Wissens weitere Parteigänger noch nicht zur Seite stehen, ist doch gegenüber seinem weitverbreiteten Werke eine ausführliche, bisher noch fehlende Kritik geboten.

**Endemanns** Konstruktion betrifft gleichmäßig das Zurückbehaltungsrecht und die Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Bei jenem fordert der, auf reine Leistung gerichtete, Anspruch inhaltlich mehr als dem Kläger dem „Recht nach gebührt". Die Geltendmachung der „Einrede" hat keine Einredewirkung, sondern „die entscheidende Ordnung in § 274 stellt den Anspruch materiell in Abhängigkeit von der Bewirkung der Gegenleistung". Dasselbe gilt von der Einrede des nichterfüllten Vertrages — „geltend gemacht wird die wechselseitige materielle Abhängigkeit der Erfüllungspflichten, der Kläger begehrt mehr als ihm gebührt." Der Beklagte ist in beiden Fällen nicht schlechthin zur Erfüllung verbunden, sondern schuldet „nur den Austausch seiner Leistung gegen die des Klägers" (S. 713).

Demgegenüber sei bemerkt:

a) Schuldete der Beklagte wirklich nur einen solchen „Austausch", so wäre eine Berücksichtigung dieses Umstandes von Amts wegen, die noch auch **Endemann** selbst abzulehnen genötigt ist (§ 125 Anm. 14), nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen unvermeidlich. Sein tatsächliches Vorbringen, bei dem er angesichts der ihm obliegenden Substantiierungspflicht das Bestehen eines gegenseitigen Verpflichtungsverhältnisses in der Regel nicht verschweigen kann, rechtfertigt nicht oder doch nicht in vollem Umfang den auf „reine Leistung" gerichteten Klagantrag — denn er kann nur **Austausch**, gegenüber der reinen Leistung des Beklagten offenbar ein minus, verlangen. Folglich kann ihm nach C.P.O. § 331 Abs. 2 durch Versäumnisurteil auch nur das zugesprochen werden, was er aus dem den Klagegrund bildenden Synallagma zu fordern hat: eben der Austausch d. h. Verurteilung des Beklagten zur Leistung Zug um Zug; mit dem überschießenden Teile seines Antrages wäre der Kläger abzuweisen.

b) Durch den Satz, der Nichtgebrauch der Einrede verwandle das gegenseitige Vertragsverhältnis in zwei selbständige Verpflichtungen (§ 125 Anm. 14 u. f.) verbessert E. seine Auffassung nicht — zu solcher Verwandlung konnte der Beklagte doch höchstens nur durch positiven Willensakt, etwa ausdrücklichen oder stillschweigenden **Einredeverzicht**, imstande sein; sein bloßes **Nichterscheinen** kann unmöglich solche civilistische Wirkung mit sich bringen!

2. Findet eine solche Behandlung aber nach **Endemanns** eigenem Zugeständnis nicht statt, so ist das bereits ein höchst bedeutsames Moment gegen seine Konstruktion und für die Annahme der herrschenden Lehre, daß wir es in den Fällen des Zurückbehaltungsrechts und des § 320 mit wahren Einreden zu tun haben.

a) Daß sie nicht von Amts wegen, insbesondere nicht im Versäumnisverfahren, berücksichtigt werden können, ist bekannt und ergibt sich, von anderem abgesehen, schon aus der unseren Prozeß beherrschenden **Verhandlungsmaxime**. Die Einrede ist eine richtige, sie beruht auf einem besonderen **Gegenrecht** des Beklagten, und ebensowenig wie der Richter dem Kläger auf Grund eines nicht geltend gemachten Anspruches etwas zusprechen darf, darf er ein vom Beklagten nicht geltend gemachtes Gegenrecht zur Abweisung der Klage oder zur Abminderung der Verurteilung heranziehen.

b) **Endemann** freilich will die Zugehörigkeit unserer Fälle zu den wahren Einreden um deswillen verwerfen, weil sie anders wirkten, keine Klagabweisung herbeiführten. Aber daß die letztere

[1]) Lehrbuch 8. Aufl. Bd I, §§ 88 Anm. 46; 125 Anm. 10, 14; 126 Anm. 21.

Wirkung sich aus einer wahren Einrede notwendig ergebe, ist eine entschiedene petitio principii. In Wahrheit sind die Wirkungen des erfolgreichen Einredevorbringens denkbar verschieden, auch wenn wir von den nur zur „Abweisung angebrachter Maßen" führenden sogen. prozeßhindernden Einreden absehen. Sie bewirken bald eine endgültige, bald eine nur zeitweilige Abweisung der Klage; möglicherweise ist ihr Erfolg eine durch den Richter mittels rechtsgestaltenden (konstitutiven) Urteils zu vollziehende Aufhebung oder Herabsetzung des klägerischen Anspruchs — so im Gemeinen Recht in den Fällen der Aufrechnungs- und Anfechtungseinrede, so noch heute, wenn der auf Leistung einer Vertragsstrafe Beklagte gemäß BGB. § 343 deren Herabsetzung auf den angemessenen Betrag begehrt (s. dazu Kisch, Beiträge zur Urteilslehre, S. 120, 139). Angesichts solcher Abstufungen in der Einredewirkung ist durchaus nicht abzusehen, warum nicht auch eine wahre Einrede auf eine bloße qualitative Einschränkung der Verurteilung im Sinne der §§ 274, 322 solle hinauslaufen können. Nur den Charakter als besondere Gegenrechte haben alle Einreden gemeinsam; in den Wirkungen sind sie nach Zweck, Inhalt, Bedeutung durchaus verschieden.

c) Dem entspricht dann auch durchaus die gesetzliche Terminologie. Sowohl in § 274 wie in § 322 wird von der Geltendmachung eines dem Beklagten zustehenden Rechtes gesprochen, also durchaus entsprechend der vom Gesetzbuch auch sonst zur Bezeichnung von Einreden — ich erinnere z. B. nur an § 222 Abs. 1: „nach der Vollendung der Verjährung ist der Verpflichtete berechtigt, die Leistung zu verweigern" — gewählten Ausdrucksweise. Noch mehr: in § 202 Abs. 2 spricht das Gesetz mit dürren Worten von einer Einrede des Zurückbehaltungsrechts, des nicht erfüllten Vertrages, und Endemanns Versuch, das als eine „tote Norm" zu diskreditieren (§ 88 Anm. 46), erscheint nach dem eben zu b) Bemerkten verunglückt. Auch der Inhalt des § 202 spricht gegen E.: daß die Zuständigkeit jener Einreden nicht die Verjährung hemmen soll, im Gegensatz zu den meisten anderen dilatorischen Einreden, hätte doch keinen Sinn, wenn der Anspruch in den einschlägigen Fällen nur im Sinne eines „Austauschanspruches" bestände.

3. Wie will ferner mein Gegner von seinem Standpunkt aus die unzweifelhafte Möglichkeit erklären, daß der Anspruch und der Zug um Zug zu erfüllende Gegenanspruch einer verschiedenen Verjährungsdauer ausgesetzt sind oder doch tatsächlich zu verschiedenen Zeitpunkten die Verjährung vollenden? Soll z. B. der bisher nur auf „Austausch" gerichtete Anspruch des Käufers von dem Zeitpunkt ab sich erweitern und fortan auf „reine Leistung" gehen, sobald der Gegenanspruch des Verkäufers verjährt ist?

4. Die oben (zu II) mitgeteilte Entstehungsgeschichte der einschlägigen Vorschriften kann, wenn auch für sich vielleicht nicht entscheidend, als weiteres Moment für die herrschende Lehre angeführt werden.

5. Nach alledem bliebe für Endemann, soweit ich sehe, nur ein Ausweg: die von ihm urgierte Abhängigkeit der beiderseitigen Ansprüche wird, wenn schon bisher nicht vorhanden, doch mindestens durch das nur auf Leistung Zug um Zug lautende Urteil, vielleicht auch schon durch die Vorschützung der Einrede im Prozesse, begründet. Gewisse Wendungen bei Endemann lassen sich vielleicht im Sinne dieser Auffassung deuten; so, wenn er § 126 Anm. 21 ausführt, daß der unbedingte Anspruch in einen bedingten „umgewandelt" werde. Aehnlich spricht Schollmeyer gelegentlich (zu § 274 Nr. 2) vom Eintritt der Bedingung, von welcher das Urteil seine (des Beklagten) Leistungspflicht abhängig mache.

Aber wirklich Ernst hat noch niemand mit solcher Auffassung gemacht, und sie wird auch m. E. durch die positiven Sätze des BGB. weder erfordert noch irgendwie nahegelegt. So sehr man die Möglichkeit rechtsgestaltender Urteile anerkennen muß, so sind sie doch immer, wie besonders der jüngste Bearbeiter der Urteilslehre, Kisch, erwiesen hat, relativ seltene Ausnahmen, die im bürgerlichen Recht nur aus besonderen Gründen anzunehmen sind.

Richtig ist allerdings, daß nach dem auf Leistung Zug um Zug erkennenden Urteil fortan die Geltendmachung des Gegenrechtes durch den Beklagten insofern nicht mehr nötig ist, als bei der Vollstreckung gemäß C.P.O. §§ 756, 765 von Amts wegen untersucht wird, ob der Kläger den Beklagten befriedigt oder doch in Annahmeverzug versetzt hat.

Jedenfalls verbietet der verfügbare Raum, auf diesen zu schwierigen Problemen führenden Punkt — Einwirkung des Urteils auf einredebehaftete Ansprüche — näher einzugehen.

Dasselbe gilt auch von der Ansicht Hölders, auf den sich Endemann, kaum mit vollem Recht, für seine Lehre beruft. Hölder lehrt zwar (Kommentar S. 408, 428), daß der Schuldner auf Grund der Einrede des Zurückbehaltungsrechtes, des nicht erfüllten Vertrages „nicht mehr schuldet als den Austausch seiner Leistung gegen die fremde". Aber diese Beschränkung bestehe nur „als eine vom Schuldner geltend gemachte", „vermöge der von ihm vollzogenen Willenserklärung" (d. h. Erhebung der Einrede). Hölders Bemerkung führt also nur zu der schwierigen, noch nicht abschließend untersuchten Frage nach der allgemeinen Einwirkung einer — gerichtlichen oder außergerichtlichen — Geltendmachung der Einrede auf den einredebehafteten Anspruch, einer Frage, die hier nicht weiter verfolgt werden kann.

6. Nur in einem Fall der Zug um Zug-Leistung scheint Endemanns Auffassung den

Wortlaut des Gesetzes für sich zu haben: in dem des § 348. Hier sollen ja die beiderseitigen Verpflichtungen von vornherein nur Zug um Zug zu erfüllen sein.

Bedenkt man aber, daß der entsprechende Wortlaut im ersten Entwurf auch auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages angewendet war (§ 362), ohne doch, ausweislich § 366, dieser den Charakter einer wahren Einrede zu nehmen (s. oben II); daß ferner § 348 auf die von jener handelnden §§ 320, 322 geradezu als „entsprechend anwendbar" verweist, also jedenfalls einen gleichartigen Erfolg verschreibt, wie er in den bisher besprochenen Fällen eintritt, so dürften die Bedenken schwinden. Auch eine bloß „entsprechende" Anwendung der genannten Paragraphen wäre schwer denkbar, wenn im Sinne von § 348 von vornherein nur auf Austausch geklagt werden könnte; da ferner beim Rücktritt die synallagmatische Verknüpfung der beiderseitigen Pflichten im übrigen **schwächer** ist als beim gegenseitigen Vertrage — man denke z. B. an § 350 — so wäre es mehr als sonderbar, wenn gerade für unseren Punkt eine so starke, sonst im neuen Recht nicht vorfindliche Abhängigkeit vorgeschrieben sein sollte.

7. Somit dürfte erwiesen sein: sind zwei Personen zu Zug um Zug-Leistungen verpflichtet, so hat jede — vorbehaltlich stärkerer Verknüpfung durch besondere Abrede — einen an sich selbständigen Anspruch, der freilich wegen der ihr obliegenden Leistung einredebehaftet und somit nicht gegen den Willen des Gegners einseitig, ohne gleichzeitige Vollziehung der Gegenleistung, durchführbar ist.

(Schluß folgt.)

---

## Streitfragen aus dem Bayerischen Hinterlegungsrechte.

Von Landgerichtsrat **Neumiller** in München.

---

### I. Fallen sog. gemeinsame Anträge unter § 109 C.P.O.?

Nicht selten gelangen an die Kollegialgerichte als Prozeßgerichte Anträge, in denen beide Parteianwälte mit gemeinsamer Unterschrift beantragen, eine auf Grund richterlicher Anordnung erlegte Sicherheit an einen der beiden Anwälte „hinauszumandieren". Daß die Prozeßgerichte als solche seit 1. Januar 1900 keine Ausgabemandate, d. h. also förmliche, an die Hinterlegungsstelle unmittelbar gerichtete Zahlungsanweisungen mehr erlassen können, ist nach den Aenderungen des Art. 76 A.G. z. G.V.G., wie solche durch Art. 167 Nr. XXII A.G. z. BGB. getroffen wurden, ohne weiteres klar. Denn hienach ist die früher den Gerichten als solchen obgelegene Depositenbesorgung auf die „bei den Amtsgerichten" errichteten Hinterlegungsstellen übergegangen. Die Kollegialgerichte sind daher mit Depositenbeschlüssen überhaupt nur mehr insoweit befaßt, als spezielle gesetzliche Bestimmungen solches vorschreiben. Im Bereiche der C.P.O. sind dies ausschließlich die beiden Fälle der Sicherheitsrückgabe nach §§ 109 und 715 C.P.O. Aber auch hier wird kein Ausgabemandat mehr erlassen, sondern das Gericht stellt lediglich seinen die Rückgabe anordnenden Beschluß beiden Parteien von Amts wegen zu (§ 329 C.P.O.) und überläßt es dem Empfangsberechtigten, die tatsächliche Auszahlung bei der Hinterlegungsstelle selbst zu betreiben. Zum Protokolle der Gerichtsschreiberei des Kollegialgerichts können wohl die Anträge auf Beschlußfassung nach §§ 109, 715 C.P.O. erklärt werden, nicht aber die Herausgabeanträge selbst (§§ 23, 51 H.O.).

Soweit solche gemeinsame Anträge sich nicht auf Sicherheiten, sondern auf andere Depositengattungen z. B. Versteigerungserlöse, gepfändete Gelder beziehen oder soweit die Herausgabe der Sicherheit nicht an die hinterlegende Partei, sondern deren Gegner erfolgen soll, ist ohne weiteres die Unanwendbarkeit der C.P.O. und damit die Unzuständigkeit des Prozeßgerichts klar.[1]) Wenn aber eine Sicherheit auf Grund bereits vorliegenden Einverständnisses des Gegners an den Hinterleger etwa zur außergerichtlichen Teilung zurückgelangen soll, so kann man den § 109 C.P.O. nicht von vornherein ausschließen, da hier immerhin der Grund zur Sicherheitsleistung zufolge Parteiabmachung weggefallen ist. Gleichwohl erscheint das Verfahren nach § 109 C.P.O. nicht anwendbar. Dasselbe ist geschaffen worden, um solchen Parteien gegenüber, die sich trotz der bezüglichen Aufforderung des hinterlegenden Gegners passiv verhalten, auf einfachem Wege die Rückgabereife feststellen zu können. Zu diesem Behufe wird das Verfahren mit Setzung einer richterlichen Frist eingeleitet, nach deren fruchtlosem Ablauf die Rückgabeanordnung ergeht. Die Fristsetzung erscheint sohin bei der Konstruktion des Verfahrens als ein wesentliches Element, da auf ihr allein der Rückgabebeschluß beruht. Liegt aber von vornherein die Einwilligung des Gegners bereits vor, so kann von einer Fristsetzung keine Rede mehr sein und wird eine solche selbstverständlich auch niemals beantragt. Da nun aus dem Abs. 2 des § 109 C.P.O. erhellt, daß der Rückgabebeschluß erst nach Ablauf der Frist des Abs. 1 ergehen kann, ist er mangels solcher Frist unzulässig. Man kann nun allerdings einwenden, daß ja die Fristsetzung gerade zu dem Zwecke und mit der Aufforderung geschieht, dem Gerichte die Einwilligung zur Rückgabe zu erklären oder die

---

[1]) Im Falle des § 715 kommt eine allenfallsige Mitunterschrift des Gegners nicht in Betracht, selbst wenn damit ein Rechtsmittelverzicht erklärt ist, weil die Herausgabe nur auf Grund eines förmlichen Rechtskraftzeugnisses (nicht bloß Zwischenzeugnisses) erfolgt.

Klageerhebung nachzuweisen und daß mit der Einwilligung nach Fristsetzung sich der Rückgabebeschluß keineswegs von selbst erübrigt. Ersteres ist zweifellos richtig; ob auch letzteres, ist nach dem gesetzlichen Wortlaute nicht ganz klar. Das Gesetz erwähnt nämlich im Abs. 2 die Einwilligung überhaupt nicht weiter, sondern läßt nach Fristablauf die Rückgabe anordnen, wenn nicht bis dahin die Klageerhebung nachgewiesen ist. Auffälligerweise fordert also Abs. 2 für den Rückgabebeschluß stets Fristablauf und Antragswiederholung, anscheinend sogar für den Fall, daß der Gegner noch innerhalb der Frist ausdrücklich dem Gerichte die Einwilligung erklärt hat, sohin das Abwarten des Fristablaufs zwecklos erscheint. Gaupp-Stein meint (Note IV zu § 109), daß sich der Rückgabebeschluß deswegen nicht erübrigt, weil die dem Gerichte gegenüber formlos erklärte Einwilligung unter Umständen der Hinterlegungsstelle nicht genügen würde. Es steht aber selbstverständlich nichts im Wege, umgekehrt das Verfahren nach § 109 dadurch gegenstandslos zu machen, daß die Einwilligung gar nicht dem Prozeßgerichte, sondern der Hinterlegungsstelle selbst gegenüber erklärt und damit die unmittelbare Herausgabe ohne gerichtlichen Rückgabebeschluß erwirkt wird. Möglicherweise hat die C.P.O. gerade an diese Erledigungsart für den Fall der Einwilligung des Gegners gedacht und deswegen einen Rückgabebeschluß vor Fristablauf nicht vorgesehen, wenn sich auch hierüber aus den Materialien nichts ergibt.[1]) Jedenfalls aber besteht bei solcher nachträglicher Einwilligung darüber kein Zweifel, daß die Fristsetzung und damit die Einleitung des Verfahrens nach § 109 C.P.O. von vornherein zulässig und geboten war. Gerade hierin unterscheidet sich aber dieser Fall von dem der bereits vor Einleitung des Verfahrens abgegebenen Einwilligung. Es läßt sich auch nicht etwa daraus etwas für die Zulässigkeit des Beschlußverfahrens folgern, daß der Empfangsberechtigte ja die Möglichkeit hat, zunächst die ihm bereits vom Gegner erklärte Einwilligung zurückzuhalten und dieselbe erst dann zur Kenntnis des Prozeßgerichts zu bringen, wenn die Fristsetzung bereits auf seinen Antrag erfolgt ist. Dieser Umweg erfordert nicht nur überflüssigerweise Zeit,[2]) da der Fristablauf (praktisch mit Rücksicht auf die Zustellung wohl mindestens zwei Wochen) abgewartet werden muß, sondern auch Geld. Das Rückgabeverfahren kostet nämlich (§§ 38, 39 G.K.G.) 1/10 Gerichtsgebühr, also z. B. bei 1000 Mk. Depot bereits 3 Mk. 20 Pfg., während die direkte Erwirkung der Herausgabe bei der Hinterlegungsstelle staatsgebührenfrei ist (§ 7 H.Geb.O.). Es besteht überdies für eine Zulassung des Beschlußverfahrens bei bereits vorhandener Einwilligung des Gegners um so weniger Anlaß, als in der Hinterlegungsordnung die Bewilligung der Beteiligten ausdrücklich als ein Herausgabegrund angeführt ist, bei dessen Vorliegen die Auszahlung gar nicht verweigert werden darf (H.O. §§ 27, 50). Freilich kann die Hinterlegungsstelle (im Falle die Bank deren Obliegenheiten hat, das Amtsgericht des Hinterlegungsbezirks als Weisungsbehörde nach § 49 H.O.) verlangen, daß ihr die Einwilligung durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird (§§ 23 Abs. 2, 50 Abs. 1 H.O.). Will der Gegner sich auf dies Verlangen nicht einlassen, das wohl nur gegenüber privatschriftlichen Erklärungen der Parteien selbst, nicht der Anwälte, gestellt wird, so erübrigt allerdings nichts als Antrag auf Festsetzung nach § 109 C.P.O., die dem schließlich erstattungspflichtigen Gegner aber meist teurer kommen wird als die geforderte Unterschriftsbeglaubigung, welche noch dazu kostenlos durch Erklärung zum Gerichtsschreiberprotokoll ersetzt werden kann. Für das Prozeßgericht ist eine Prüfung der Echtheit der Einwilligungserklärung überhaupt nicht geboten, wenn es sich an den Wortlaut des Abs. 2 des § 109 C.P.O. hält und erst nach Fristablauf Rückgabebeschluß erläßt; solchenfalls ist gleichgültig, ob der Gegner irgend eine Erklärung abgegeben hat, da es nur auf den Nachweis der Klagezustellung ankommt. Will aber das Prozeßgericht bereits vor Fristablauf auf Grund abgegebener Einwilligung die Rückgabe anordnen, so kann es sich so wenig wie die Hinterlegungsstelle der Prüfung entschlagen, ob die Unterschrift des Einwilligenden z. B. auf einer mit der Post einlangenden Erklärung, echt ist und muß bei Bedenken doch zu Erhebungen, Vorladung zum Gerichtsschreiber u. dgl. greifen. Bis dahin wird aber meist ohnehin die Erklärungsfrist verstrichen und das Depot schon deshalb ausgabereif sein. Es kann also auch aus § 23 Abs. 2 H.O. kein genügender Grund zur Beschreitung des Beschlußverfahrens entnommen werden. Uebrigens entstammen diese gemeinsamen Anträge auf Erlassung förmlicher Rückgabebeschlüsse gar nicht der Absicht, die Hinterlegungsstelle zu umgehen, sondern es ist in ihnen lediglich eine Nachwirkung des früheren Rechtszustandes hinsichtlich des Depositenwesens zu erblicken, dessen Neuordnung bezüglich ihrer Einzelheiten noch immer nicht allgemein in das Rechtsbewußtsein übergegangen zu sein scheint.

Die eben dargelegte Ansicht hat auch in der einzigen bisher hierüber veröffentlichten Entscheidung Vertretung gefunden, nämlich in einem Beschlusse des Oberlandesgerichts Stettin vom 30. April 1900 (Rspr. d. O.L.G. Bd. I S. 90).

[1]) Die Begründung zu § 101 a (S. 91) sagt lediglich: „Erklärt der Gegner seine Einwilligung oder läßt er die Frist verstreichen . ., so soll das Gericht auf weiteren Antrag . . . die Rückgabe der Sicherheit anordnen.“ Abs 2 des § 101 a war aber mit Abs. 2 des jetzigen § 109 bereits gleichlautend.

[2]) Das Verfahren nach § 109 C.P.O. ist jedenfalls insoweit keine Feriensache, als nicht Arreste oder einstweilige Verfügungen in Frage sind. Die Hinterlegungsstellen haben keine Gerichtsferien.

# Der zusammengesetzte Schulsprengel im Privatrechtsverkehr.

Von **Theodor Harster**, K. Bezirksamtsassessor in Kelheim.

Die Frage, ob der zusammengesetzte Schulsprengel als „Schulgemeinde" Körperschaftsrechte hat oder nicht, ist durch das Schulbedarfsgesetz vom 28. Juli 1902 klar verneint worden.

Diese Lösung war eigentlich nicht neu; denn schon der Artikel 7 des Schulbedarfsgesetzes vom 10. November 1861 hatte, nur weniger deutlich, das gleiche gesagt, alle Folgerungen hieraus aber der Wissenschaft und der Praxis überlassen, die sich ohne jeden weiteren Fingerzeig zurechtfinden mußten. Die Folge war, daß beide bald ihre eigenen Wege gingen und dabei zum Teil den leitenden Rechtsgrundsatz aus dem Auge verloren. Vor allem stieß die Praxis bei ihrer Aufgabe, dem Gedanken, daß der Schulsprengel der Rechtspersönlichkeit ermangle, im öffentlichen wie im Privatrechtsverkehr Geltung zu verschaffen, auf beträchtliche Schwierigkeiten. Die deutschrechtliche Auffassung, die sich überall der Körperschaftsbildung günstig erwies und in der bisherigen, durch die V.U. vom 22. Januar 1815 eingeleiteten Rechtsentwickelung eine wirksame Unterstützung fand, erblickte in der Schulgemeinde ein Rechtssubjekt[1]) und behandelte sie nach wie vor als solches, trotzdem ihr der Art. 7 Schulbed.G. von 1861 diese Eigenschaft abgesprochen hatte. In der Umgangssprache des Rechtsverkehrs, in wissenschaftlichen Abhandlungen, in behördlichen Erlassen, ja sogar in späteren Gesetzen fristete die Schulgemeinde ihr Leben fort;[2]) die Notare verbrieften ihre Rechtsgeschäfte, die Rentämter trugen sie in den Grundsteuerkatastern, die Hypothekenämter in den Hypothekenbüchern als Grundstückseigentümerin und Trägerin dinglicher Rechte vor, ja selbst der Verwaltungsgerichtshof, der den Art. 7 Schulbed.G. bis zu den äußersten Rechtsfolgen durchführte, konnte sich von dem Begriff der Schulgemeinde nicht immer ganz freimachen (Verw.Ger.H.Entsch. XI S. 95, V S. 292.)[3])

Auch das neue Schulbedarfsgesetz hat, trotzdem es manchen Zweifel gelöst hat, noch gar vieles im unklaren gelassen.

Es hat dem Schulsprengel von neuem die Rechtspersönlichkeit abgesprochen und betrachtet die einzelnen, ganz oder teilweise zum Schulsprengel gehörigen politischen Gemeinden als Trägerinnen der vermögensrechtlichen Rechte und Pflichten der Sprengelschule (Art. 1 Abs. II Schulbed.G. von 1902.)[1])

Wie das frühere, so gab auch das neue Schulbedarfsgesetz dem Schulsprengel ein Organ, stattete aber dieses mit viel weitergehenden Vertretungsbefugnissen aus als sie die Schulsprengelvertretung des alten Rechts besessen hatte. Dieser hatte das Gesetz nichts weiter übertragen als das Recht der Feststellung des Schulbedarfs und der Verteilung auf die einzelnen Sprengelbestandteile;[2]) der Wirkungskreis der verstärkten Gemeindeverwaltung des neuen Rechtes umfaßt dagegen nach Art. 1 Abs. II Schulbed.G. „die vermögensrechtliche Verwaltung der Sprengelschule einschließlich ihrer Vertretung nach außen, sowie die Feststellung des gesamten persönlichen und sächlichen Bedarfs für ihre Errichtung und ihren Unterhalt.[3])

Die verstärkte Gemeindeverwaltung des neuen Schulbedarfsgesetzes ist also, wie der Reichsrat Dr. von Kahr bei den Gesetzgebungsverhandlungen in der Reichsratskammer zutreffend ausführte, befugt, innerhalb ihres Wirkungskreises für die Sprengelmitglieder „Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen; sie ist das unentbehrliche Organ, mittels dessen die zum Schulsprengel vereinigten politischen Gemeinden imstande sind, in den allgemeinen Rechtsverkehr einzutreten, zu kaufen und zu verkaufen, zu mieten und zu vermieten, Grund und Boden zu erwerben, Werkverträge mit Bauunternehmern abzuschließen u. dgl.". Der Schulsprengel ist „eine Rechtsgemeinschaft nach Art der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, zwar nicht durch Vertrag, aber durch Gesetz begründet. Das mit Vertretungsmacht gesetzlich ausgestattete Organ dieser Rechtsgemeinschaft ist die verstärkte Gemeindeverwaltung".[4])

Nach diesen Ausführungen und dem klaren Wortlaute des Gesetzes erscheint kein Zweifel daran möglich, daß die Vertretungsmacht

[1]) Vgl. die Denkschrift, Verh. d. K. d. Abg. 1899/1900, Beil. Bd. II S. 663.

[2]) Vgl. Art. 13 Abs. IV des Heimatgesetzes vom 16. April 1868, Art. 73 Abs. II des Brandversicherungsgesetzes vom 3. April 1875, Henle-Dandl, die Anlegung des Grundbuchs in den Landesteilen rechts des Rheins S. 85 f. Auch das Ansehen des Obersten Landesgerichts (vgl. die Entscheidungen Bd. VI S. 719, XII S. 66, XV S. 862) richtete dagegen nichts aus. Unrichtig auch Staudinger, Vorträge S. 160.

[3]) Hier wird nicht den zum Schulsprengel vereinigten Einzelbestandteilen, sondern „dem Schulsprengel" eine Unterstützungspflicht nach Art. 13 IV des Heim.G. auferlegt.

[1]) Das hatten Seydel u. a. schon für das bisherige Recht verfochten; der Verw.Ger.H. und das Kultusministerium erachteten dagegen die Individualbestandteile des Schulsprengels für verpflichtet zur Aufbringung des Schulbedarfs.

[2]) Art. 7 Schulbed.G. von 1861, Verw.Ger H.Entsch. II S. 267, IX S. 193; Englmann-Stingl, Handbuch des Volksschulrechtes, § 176.

[3]) Zu verstärken ist in der Regel die Verwaltung der Schulsitzgemeinde, doch können die zum Schulsprengel vereinigten Gemeinden mit Genehmigung der vorgesetzten Staats- und Schulaufsichtsbehörde aus erheblichen Gründen vereinbaren, daß an Stelle der Verwaltung der Schulsitzgemeinde die einer andern beteiligten Gemeinde zu verstärken sei (Art. 1 Abs. II Schulbed.G.).

[4]) R.R.V. 1902, Bd. II S. 201.



der verstärkten Gemeindeverwaltung die ganze Privatrechtssphäre des Schulsprengels — nur von dieser soll hier die Rede sein — umfaßt und daher Platz greift, wo immer die den Schulsprengel bildenden politischen Gemeinden in ihrer Eigenschaft als Sprengelmitglieder in den Rechtsverkehr eintreten und Vermögensrechte oder -pflichten erwerben.

Diese gesetzliche Vertretungsmacht der verstärkten Gemeindeverwaltung in den Vermögensangelegenheiten der Sprengelschule ist die gleiche wie die des Magistrates, Gemeindeausschusses oder Gemeinderates in der Verwaltung des Gemeindevermögens überhaupt.

Wie dort die Gemeindeverwaltung hat hier die verstärkte Gemeindeverwaltung die Vermutung der Zuständigkeit für sich. Sie ist durch keine weiteren Schranken eingeengt als durch die Bestimmungen des Art. 2 Abs. III Schulbed.G. über das Beschwerderecht der Einzelgemeinden gegen die Beschlüsse der verstärkten Gemeindeverwaltung und durch das in den Gemeindeordnungen normierte staatliche Aufsichtsrecht. In diesem ihrem Wirkungskreise darf sie also mit Ausschluß der Zuständigkeit der Einzelgemeindeverwaltungen für die den Schulsprengel bildenden Gemeinden in Sachen der Schule kaufen und verkaufen, mieten und vermieten, Werkverträge schließen, Darlehen geben und empfangen, belastete Schenkungen und Vermächtnisse annehmen und ausschlagen, Prozesse führen, Verzichte erklären, Vergleiche schließen, freiwillige Leistungen für die Sprengelschule übernehmen [1]) u. a. m.

Es ist nicht zu leugnen, daß diese gesetzliche Vollmacht der verstärkten Gemeindeverwaltung viel weiter geht als das alte Schulbedarfsgesetz und wohl auch weiter als der Gesetzgeber beabsichtigt hatte; allein der Wille des Gesetzgebers kommt nur da als Auslegungsbehelf in Frage, wo der Wille des Gesetzes aus seinen Worten nicht klar ersichtlich ist. Ein solcher Fall ist hier nicht gegeben; denn das Gesetz hat klar und ohne jede Einschränkung die gesamte vermögensrechtliche Verwaltung der Sprengelschule einschließlich ihrer Vertretung nach außen der verstärkten Gemeindeverwaltung zugesprochen. [2])

Auch aus Art. 2 I Schulbed.G. ergibt sich keine weitere Beschränkung der gesetzlichen Vertretungsvollmacht der verstärkten Gemeindeverwaltung. Es wäre verfehlt, in der hier gegebenen Aufzählung der Gebiete, die der Beschlußfassung der verstärkten Gemeindeverwaltung vorbehalten bleiben müssen, eine erschöpfende Bestimmung der Zuständigkeit dieses Organs zu erblicken. Der Wortlaut des zweiten Absatzes des Art. 2: „Im übrigen kann die Verwaltung der Schulsitzgemeinde oder die durch Vereinbarung bestimmte Gemeindeverwaltung durch übereinstimmende, schriftlich zu beurkundende Willenserklärung der Vertreter der übrigen zum Sprengel gehörigen Gemeinden allgemein oder von Fall zu Fall mit der Vornahme von Verwaltungsgeschäften .... betraut werden", läßt keinen Zweifel darüber zu, daß hier nicht die Zuständigkeit der verstärkten Gemeindeverwaltung, sondern nur die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Delegierung eines andern Organs zu Vertretungshandlungen, die an und für sich der verstärkten Gemeindeverwaltung zukommen würden, geregelt werden wollte. Das hat der Reichsrat Dr. von Kahr klar erkannt, wenn er in der 27. Sitzung der Kammer der Reichsräte sagte: [1])

„Grundlegend und für den Wirkungskreis und die Zuständigkeit der verstärkten Gemeindeverwaltung maßgebend sind die Bestimmungen des Art. 1. Art. 2 hat einen anderen Zweck. Er bezweckt eine geschäftliche Erleichterung, indem er die Möglichkeit begründet, die Befugnisse der verstärkten Gemeindeverwaltung in gewissen einfachen, minder wichtigen Angelegenheiten auf die Verwaltung der Schulsitzgemeinde zu übertragen, diese zu delegieren".

Diese Ausführungen wurden vom Referenten der Kammer, dem Reichsrate von Auer, mißverstanden, wenn er zu Art. 2 Abs. I des Gesetzes folgendes äußerte:

„Es ist schon von dem Herrn Reichsrat von Kahr bemerkt worden, daß zur Leitung der Sprengelschule die verstärkte Gemeindeverwaltung aufgestellt werden wird, und in diesem Abs. 1 des Art. 2 sind in lit. a—e die Befugnisse aufgezeichnet, welche dieser Schulsprengelverwaltung zukommen." [2])

Dieser Irrtum des Referenten, der nicht richtig gestellt wurde, war für die Gesetzgebungsverhandlungen und schließlich auch für das Gesetz selbst von großer Tragweite. Im Art. 2 Abs. I war nämlich unter lit. e auch „die Aufnahme von Anlehen" aufgezählt worden. Der vereinigte I. und II. Ausschuß und ihnen folgend der Referent der Reichsratskammer wollten nun, da die Aufbringung

---

[1]) Das konnte die Schulsprengelvertretung des alten Schulbed.G. in ihrem beschränkten Wirkungskreise natürlich nicht (Verw.Ger.H.Entsch. XI S. 98, die Reger-Graßmann, Handausgabe des Schulbed.G. S. 44 mit Unrecht auch für das neue Recht gelten lassen wollen).

[2]) Entwurf, V.K.A., Beil. Bd. VII S. 346.

---

[1]) R.R.V., Bd. II S. 201.

[2]) R.R.V., II. S 202. Der gleichen Täuschung verfiel auch der Referent der Abgeordnetenkammer, Abgeordneter Kohl, der ebenfalls der Ansicht war, daß im Art. 2 Abs. I „die sämtlichen zur Beschlußfassung der Sprengelvertretung gehörigen Angelegenheiten, also der Umfang der Kompetenz dieser verstärkten Verwaltung näher präzisiert sei" (V.K.A. VIII S. 352). Auch Seiler, Schulbed.G. S. 119 erblickt in der lit. e des Art. 2 Abs. I „eine Erweiterung der in Art. 1 Abs. II normierten Zuständigkeit der verstärkten Gemeindeverwaltung". Ebenso meinen Reger-Graßmann a. a. O. S. 45, die lit. e habe der verstärkten Gemeindeverwaltung die gesetzliche Befugnis zur Aufnahme von Darlehen erst verliehen.

des Bedarfes Sache der einzelnen Gemeinden sei, der verstärkten Gemeindeverwaltung die Befugnis zur Aufnahme von Darlehen entziehen, und, anstatt in die Zuständigkeitsbestimmung des Art. 1 Abs. II einen entsprechenden einschränkenden Zusatz aufzunehmen, glaubten sie, ihr Ziel durch die Streichung der erwähnten lit. e zu erreichen.[1]) Die Kammer gab diesem Antrage statt, vergaß aber, die Darlehensaufnahme, die im dritten Absatze des Art. 2 noch einmal vorkommt, auch an dieser Stelle zu streichen, so daß also jetzt zwar im Abs. I die Darlehensaufnahme fehlt, im Abs. III aber den Einzelgemeinden das Recht der Beschwerde wider Art und Maß des von der verstärkten Gemeindeverwaltung festgesetzten Aufwandes *„und seiner Deckung durch ein gemeinschaftlich aufzunehmendes Anlehen"* ausdrücklich zugesprochen ist.

Mit Unrecht folgern *Reger-Graßmann*[2]) und *Seiler*[3]) hieraus, daß die verstärkte Gemeindeverwaltung keine Darlehen aufnehmen dürfe und die im dritten Absatze stehen gebliebenen Worte gegenstandslos seien. Die Sache dürfte sich vielmehr folgendermaßen verhalten:

*Die Streichung der lit. e (Darlehensaufnahme) hat nicht die beabsichtigte Einschränkung der Zuständigkeit der verstärkten Gemeindeverwaltung, sondern nur eine nicht beabsichtigte Verringerung der von der Delegation gemäß Art. 2 II ausgeschlossenen, der verstärkten Gemeindeverwaltung ausschließlich vorbehaltenen Materien zur Folge gehabt.* Die verstärkte Gemeindeverwaltung darf also für die zum Schulsprengel vereinigten Gemeinden Darlehen aufnehmen; denn das folgt aus ihrer Befugnis *zur gesamten* vermögensrechtlichen Verwaltung der Sprengelschule (Art. 1 Abs. II); die Absicht, ihr dies Recht zu nehmen, ist nicht Gesetz geworden.[4])

Dagegen fehlt jetzt die Darlehensaufnahme unter den Materien, die der verstärkten Gemeindeverwaltung vorbehalten bleiben müssen; sie gehört also zu den „übrigen", im Abs. II behandelten Materien, die eine Delegation der Vertretung zulassen. Ja, noch mehr: Da das Beschwerderecht der Einzelgemeinden nur bei den Gegenständen des Art. 2 Abs. I Platz greift und die Darlehensaufnahme darunter nicht mehr enthalten ist, sind die Einzelgemeinden auch ihres Beschwerderechtes gegen den Beschluß der verstärkten Gemeindeverwaltung über die Darlehensaufnahme beraubt; denn das Versehen, das die Aufnahme eines Anlehens im dritten Absatze stehen ließ, vermochte ihnen das durch die Streichung der lit. e entzogene Recht nicht zu erhalten.

[1]) R.R.B. II, S. 202.

[2]) a. a. O., Note 15 zu Art. 2.

[3]) a. a. O., Note 21 zu Art. 2.

[4]) Das von *Seiler* a. a. O. S. 119 vorgeschlagene Verfahren zur Ermöglichung der Darlehensaufnahme durch die verstärkte Gemeindeverwaltung ist also unnötig.

Das Ergebnis ist also, daß man mit der Beseitigung der lit. e gerade das Gegenteil von dem erreicht hat, was man hatte erreichen wollen. Immerhin wird diese nicht gewollte Folge den zum Sprengel gehörigen Einzelgemeinden kaum besonderen Schaden zufügen; denn die Notwendigkeit staatsaufsichtlicher Genehmigung der Aufnahme größerer Darlehen (Art. 61/45 ff. Gem.O.) bietet hinreichende Gewähr dafür, daß Mißbräuche hintangehalten werden.[1])

Auch daraus, daß Art. 2 Abs. IV Schulbed.G. die Aufbringung des Bedarfes (im Gegensatze zur Ermittlung und Verteilung) den Einzelgemeinden zuweist, folgt nicht, daß die verstärkte Gemeindeverwaltung keine Darlehen aufnehmen darf. Diese Gesetzesbestimmung will nicht die Zuständigkeit der verstärkten Gemeindeverwaltung nach außen hin einschränken, sondern sie sagt nur, was *nach* der Beschlußfassung der verstärkten Gemeindeverwaltung den Verwaltungen der Einzelgemeinden zu beschließen übrig bleibt. Sie enthält also nur eine so zu sagen innergesellschaftliche Norm, auf die sich die Einzelgemeinden dem Dritten gegenüber, mit dem die verstärkte Gemeindeverwaltung ein Rechtsgeschäft geschlossen hat, nicht berufen können. Im Art. 1 II ist daher auch die vermögensrechtliche Verwaltung der Sprengelschule einschließlich ihrer Vertretung nach außen *neben* der Feststellung und Verteilung des Schulbedarfs als zur Zuständigkeit der verstärkten Gemeindeverwaltung gehörig aufgeführt.

Kurz vor der Drucklegung dieser Abhandlung finde ich in den Bl. für adm. Praxis, Bd. LIV S. 97 ff. einen Aufsatz von *Friedrich Braun*, der hinsichtlich der Folgen der Streichung der lit. e des Art. 2 Abs. I zu den gleichen Ergebnissen kommt, wie die obigen Ausführungen. Auch eine erst vor wenigen Tagen erschienene Abhandlung von *Max von Müller* (Bl. f. adm. Pr. Bd. LIV S. 388 ff.) hat mich nicht von der Unrichtigkeit dieser Ansicht zu überzeugen vermocht. Ich kann daraus, daß der Gesetzgeber die verstärkte Gemeindeverwaltung nicht zur Aufnahme von Darlehen ermächtigen *wollte*, aus den bereits erörterten

[1]) Es war übrigens auch gar nicht zutreffend, wenn man die Streichung der lit. e damit begründete, die Sprengelschule sei keine juristische Person und könne daher nicht Rechtsgeschäfte schließen, vor allem nicht Anlehen aufnehmen. Gerade zu dem Zweck ist ja die verstärkte Gemeindeverwaltung geschaffen worden, damit sie für die Einzelgemeinden in Schulvermögenssachen Rechtsgeschäfte eingehen kann und den Gemeindeverwaltungen der Einzelgemeinden gesonderte Beschlußfassung erspart bleibt. Die verstärkte Gemeindeverwaltung wird dadurch auch gar nicht zum Organ einer juristischen Person, sondern nur zur gesetzlichen Vertreterin der Einzelgemeinden in dem ihr zugeteilten Wirkungskreise. Die Ansicht des Referenten (R.R.B. II S. 202): „Der Sprengelausschuß ist lediglich ein Verwaltungsorgan, das im Namen und kraft des Gesetzes *die Leitung* der Sprengelschule zu übernehmen hat", findet im Gesetze selbst ihre Widerlegung, das der verstärkten Gemeindeverwaltung eben viel mehr als die bloße Leitung überträgt.

Gründen nicht folgern, daß sie diese Zuständigkeit wirklich entbehrt. Wie leicht dem Gesetzgeber ein Versehen unterlaufen kann, haben wir ja oben gesehen. Nicht der Gesetzgeber, sondern das Gesetz hat die Zuständigkeit der verstärkten Gemeindeverwaltung zur Darlehensaufnahme begründet. Die Befugnis zur vermögensrechtlichen Verwaltung und zur Vertretung der Sprengelschule ist der verstärkten Gemeindeverwaltung nicht, wie die erwähnte Abhandlung auf S. 400 anzunehmen scheint, gewissermaßen als weitere Ziffer außer den in Art. 2 Abs. I Schulbed.G. erschöpfend aufgezählten einzelnen Zuständigkeitsfällen eingeräumt, sondern sie enthält das Zuständigkeitsprinzip, das die erwähnten und noch eine Menge weiterer Einzelfälle mitumfaßt. Darum steht auch diese Befugnis nicht als Unterabteilung im Art. 2 Abs. I, sondern im Art. 1 Schulbed.G. an der Spitze des Sprengelschulrechts überhaupt. (Auf S. 408 u. 409 der Abhandlung ist irrtümlich Art. 2 Abs. I statt 1 Abs. II zitiert). Hier, nicht in dem einen ganz anderen Zweck verfolgenden Art. 2 ist die Zuständigkeit der verstärkten Gemeindeverwaltung dargestellt. Auch daraus, daß das Gesetz von der vermögensrechtlichen Verwaltung der Sprengelschule einschließlich ihrer Vertretung nach außen, nicht aber von der Vertretung der vereinigten Gemeinden spricht, folgt nichts für die Gegenansicht; denn die Sprengelschule ist kein Rechtssubjekt und es handelt sich wohl nur um eine sprachliche Erleichterung, wenn das Gesetz von der Vertretung usw. der Sprengelschule statt der einzelnen ganz oder mit Teilen zum Schulsprengel gehörenden politischen Gemeinden redet. Warum aber soll, so frage ich mit Braun, die vermögensrechtliche Verwaltung das Recht zur Abschließung von Kauf-, Miet- und Werkverträgen in sich begreifen, das zur Aufnahme eines Darlehens aber nicht mitumfassen?

---

**Der zusammengesetzte Schulsprengel ist, wo er in den Privatrechtsverkehr tritt, als eine Rechtsgemeinschaft zu erachten, die nach den für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes geltenden Rechtssätzen zu beurteilen ist.**[1])

Diese Normen finden aber nur dann analoge Anwendung, wenn nicht Verträge unter den Sprengelmitgliedern oder das an Stelle des Gesellschaftsvertrages die Gesellschafter einende Gesetz ihre Ausschließung bedingen.

Schon bei der Entstehung der Rechtsgemeinschaft macht sich dies bemerkbar: Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes entsteht durch den Abschluß des Gesellschaftsvertrages, der die ganze vermögensrechtliche Stellung der Gesellschaft innerhalb der allgemeinen Schranken des bürgerlichen Rechtes frei regeln kann. Die Schulsprengelgesellschaft, wenn wir sie so nennen dürfen, ist eine Vereinigung kraft gesetzlicher Notwendigkeit. Daneben kann unter den einzelnen Mitgliedern auch eine vertragsmäßige Regelung bestehen, wo das Gesetz für eine solche Platz läßt.[1])

Das BGB. hat für die Gesellschaft nicht die römische Sozietät, sondern die Gemeinderschaft des deutschen Rechtes, die gesamte Hand, zum Vorbild genommen.

Die Gesellschaft ist hienach „eine vertragsmäßige Vereinigung Mehrerer zur Förderung eines gemeinsamen Zweckes mittels gegenseitiger Leistungen".[2])

Das Gesellschaftsvermögen gehört nicht der Gesellschaft als solcher; denn sie ist keine juristische Person; aber es scheidet sich doch scharf von dem Privatvermögen der Gesellschafter, es ist „dinglich gebunden", solange die Gesellschaft besteht.

Eigentümer des Gesellschaftsvermögens sind die Gesellschafter zu unbestimmten Anteilen, die während des Bestehens der Gesellschaft ruhen und erst nach ihrer Auflösung im Auseinandersetzungsverfahren in die Erscheinung treten. Vorher kann kein Gesellschafter über das Gesellschaftsvermögen im ganzen oder über seinen Anteil hieran ohne die

---

[1]) Entwurf S. 345, v. Kahr a. a. O. S. 201. Mit Unrecht bekämpft Dr. Dennler in den Blättern für administrative Praxis, Bd. LIV, S. 140 die Anwendung der §§ 705 ff. B.G.B. Nach seiner Meinung sind vielmehr die Rechtssätze über die vertragslose Gemeinschaft (§§ 741 ff. B.G.B.) anzuwenden, weil es hier an einem Gesellschaftsvertrage fehle. Dabei übersieht er aber, daß es beim Schulsprengel wie bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes vor allem der gemeinsame Zweck ist, der die Gesellschafter vereinigt, und daß wir hier wie dort ein dinglich gebundenes Gesellschaftsvermögen haben, was bei der vertragslosen Gemeinschaft nicht zutrifft (vgl. Planck, Kommentar zum B.G.B. Vorbem. z. Tit. XIV, N. II 1 und z. Tit. XV N. 2). Ferner ist für die vertragslose Gemeinschaft der Mangel eines gesetzlichen Vertretungsorgans mindestens ebenso wichtig wie der des Gesellschaftsvertrags. Der zusammengesetzte Schulsprengel besitzt ein solches gesetzliches Vertretungsorgan, und gerade diese Tatsache erhebt ihn nicht nur über die vertragslose Gemeinschaft, sondern auch über die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und stellt ihn zwischen diese und die mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Körperschaften. Es sprechen also überwiegende Gründe für die analoge Anwendung des Gesellschaftsrechtes des BGB. Das Gemeinschaftsrecht wäre in seinen wichtigsten Bestimmungen (freies Verfügungsrecht über den Anteil am Vermögen u. a.) von vornherein unanwendbar. — Auch die Ausführungen Dennlers gegen Reger-Graßmann gehen fehl. Diese sagen nicht, daß das Sprengelvermögen nach Bruchteilen geteilt sein muß, sondern nur, daß es so geteilt sein kann, wenn dies eben vertragsmäßig bestimmt ist. Nur wenn solche Verträge fehlen, greifen ja die gesetzlichen Bestimmungen des Gesellschaftsrechtes Platz.

[1]) Es kann z. B. bestimmt werden, daß einzelne Gemeinden Vorausleistungen zur Aufbringung des Schulbedarfs zu machen haben, nicht aber, daß die Verteilung des ungedeckten Bedarfs in anderer als der in Art. 2b Schulbed.G. vorgeschriebenen Weise erfolgen soll.

[2]) § 705 BGB., Planck a. a. O., Vorbem. zu Tit. XIV N. II 1, Dernburg, Bürgerliches Recht II 2, § 355.

des Bedarfes Sache der einzelnen Gemeinden sei, der verstärkten Gemeindeverwaltung die Befugnis zur Aufnahme von Darlehen entziehen, und, anstatt in die Zuständigkeitsbestimmung des Art. 1 Abs. II einen entsprechenden einschränkenden Zusatz aufzunehmen, glaubten sie, ihr Ziel durch die Streichung der erwähnten lit. e zu erreichen.[1]) Die Kammer gab diesem Antrage statt, vergaß aber, die Darlehensaufnahme, die im dritten Absatze des Art. 2 noch einmal vorkommt, auch an dieser Stelle zu streichen, so daß also jetzt zwar im Abs. I die Darlehensaufnahme fehlt, im Abs. III aber den Einzelgemeinden das Recht der Beschwerde wider Art und Maß des von der verstärkten Gemeindeverwaltung festgesetzten Aufwandes „und seiner Deckung durch ein gemeinschaftlich aufzunehmendes Anlehen" ausdrücklich zugesprochen ist.

Mit Unrecht folgern Reger-Graßmann[2]) und Seiler[3]) hieraus, daß die verstärkte Gemeindeverwaltung keine Darlehen aufnehmen dürfe und die im dritten Absatze stehen gebliebenen Worte gegenstandslos seien. Die Sache dürfte sich vielmehr folgendermaßen verhalten:

Die Streichung der lit. e (Darlehensaufnahme) hat nicht die beabsichtigte Einschränkung der Zuständigkeit der verstärkten Gemeindeverwaltung, sondern nur eine nicht beabsichtigte Verringerung der von der Delegation gemäß Art. 2 II ausgeschlossenen, der verstärkten Gemeindeverwaltung ausschließlich vorbehaltenen Materien zur Folge gehabt. Die verstärkte Gemeindeverwaltung darf also für die zum Schulsprengel vereinigten Gemeinden Darlehen aufnehmen; denn das folgt aus ihrer Befugnis zur gesamten vermögensrechtlichen Verwaltung der Sprengelschule (Art. 1 Abs. II); die Absicht, ihr dies Recht zu nehmen, ist nicht Gesetz geworden.[4])

Dagegen fehlt jetzt die Darlehensaufnahme unter den Materien, die der verstärkten Gemeindeverwaltung vorbehalten bleiben müssen; sie gehört also zu den „übrigen", im Abs. II behandelten Materien, die eine Delegation der Vertretung zulassen. Ja, noch mehr: Da das Beschwerderecht der Einzelgemeinden nur bei den Gegenständen des Art. 2 Abs. I Platz greift und die Darlehensaufnahme darunter nicht mehr enthalten ist, sind die Einzelgemeinden auch ihres Beschwerderechtes gegen den Beschluß der verstärkten Gemeindeverwaltung über die Darlehensaufnahme beraubt; denn das Versehen, das die Aufnahme eines Anlehens im dritten Absatze stehen ließ, vermochte ihnen das durch die Streichung der lit. e entzogene Recht nicht zu erhalten.

Das Ergebnis ist also, daß man mit der Beseitigung der lit. e gerade das Gegenteil von dem erreicht hat, was man hatte erreichen wollen. Immerhin wird diese nicht gewollte Folge den zum Sprengel gehörigen Einzelgemeinden kaum besonderen Schaden zufügen; denn die Notwendigkeit staatsaufsichtlicher Genehmigung der Aufnahme größerer Darlehen (Art. 61/45 ff. Gem.O.) bietet hinreichende Gewähr dafür, daß Mißbräuche hintangehalten werden.[1])

Auch daraus, daß Art. 2 Abs. IV Schulbed.G. die Aufbringung des Bedarfes (im Gegensatze zur Ermittlung und Verteilung) den Einzelgemeinden zuweist, folgt nicht, daß die verstärkte Gemeindeverwaltung keine Darlehen aufnehmen darf. Diese Gesetzesbestimmung will nicht die Zuständigkeit der verstärkten Gemeindeverwaltung nach außen hin einschränken, sondern sie sagt nur, was nach der Beschlußfassung der verstärkten Gemeindeverwaltung den Verwaltungen der Einzelgemeinden zu beschließen übrig bleibt. Sie enthält also nur eine so zu sagen innergesellschaftliche Norm, auf die sich die Einzelgemeinden dem Dritten gegenüber, mit dem die verstärkte Gemeindeverwaltung ein Rechtsgeschäft geschlossen hat, nicht berufen können. Im Art. 1 II ist daher auch die vermögensrechtliche Verwaltung der Sprengelschule einschließlich ihrer Vertretung nach außen neben der Feststellung und Verteilung des Schulbedarfs als zur Zuständigkeit der verstärkten Gemeindeverwaltung gehörig aufgeführt.

Kurz vor der Drucklegung dieser Abhandlung finde ich in den Bl. für adm. Praxis, Bd. LIV S. 97 ff. einen Aufsatz von Friedrich Braun, der hinsichtlich der Folgen der Streichung der lit. e des Art. 2 Abs. I zu den gleichen Ergebnissen kommt, wie die obigen Ausführungen. Auch eine erst vor wenigen Tagen erschienene Abhandlung von Max von Müller (Bl. f. adm. Pr. Bd. LIV S. 388 ff.) hat mich nicht von der Unrichtigkeit dieser Ansicht zu überzeugen vermocht. Ich kann daraus, daß der Gesetzgeber die verstärkte Gemeindeverwaltung nicht zur Aufnahme von Darlehen ermächtigen wollte, aus den bereits erörterten

---

[1]) R.R.B. II, S. 202.

[2]) a. a. O., Note 15 zu Art. 2.

[3]) a. a. O., Note 21 zu Art. 2.

[4]) Das von Seiler a. a. O. S. 119 vorgeschlagene Verfahren zur Ermöglichung der Darlehensaufnahme durch die verstärkte Gemeindeverwaltung ist also unnötig.

[1]) Es war übrigens auch gar nicht zutreffend, wenn man die Streichung der lit. e damit begründete, die Sprengelschule sei keine juristische Person und könne daher nicht Rechtsgeschäfte schließen, vor allem nicht Anlehen aufnehmen. Gerade zu dem Zweck ist ja die verstärkte Gemeindeverwaltung geschaffen worden, damit sie für die Einzelgemeinden in Schulvermögenssachen Rechtsgeschäfte eingehen kann und den Gemeindeverwaltungen der Einzelgemeinden gesonderte Beschlußfassung erspart bleibt. Die verstärkte Gemeindeverwaltung wird dadurch auch gar nicht zum Organ einer juristischen Person, sondern nur zur gesetzlichen Vertreterin der Einzelgemeinden in dem ihr zugeteilten Wirkungskreise. Die Ansicht des Referenten (R.R.B. II S. 202): „Der Sprengelausschuß ist lediglich ein Verwaltungsorgan, das im Namen und kraft des Gesetzes die Leitung der Sprengelschule zu übernehmen hat", findet im Gesetze selbst ihre Widerlegung, das der verstärkten Gemeindeverwaltung eben viel mehr als die bloße Leitung überträgt.

Gründen nicht folgern, daß sie diese Zuständigkeit wirklich entbehrt. Wie leicht dem Gesetzgeber ein Versehen unterlaufen kann, haben wir ja oben gesehen. Nicht der Gesetzgeber, sondern das Gesetz hat die Zuständigkeit der verstärkten Gemeindeverwaltung zur Darlehensaufnahme begründet. Die Befugnis zur vermögensrechtlichen Verwaltung und zur Vertretung der Sprengelschule ist der verstärkten Gemeindeverwaltung nicht, wie die erwähnte Abhandlung auf S. 400 anzunehmen scheint, gewissermaßen als weitere Ziffer außer den in Art. 2 Abs. I Schulbed.G. erschöpfend aufgezählten einzelnen Zuständigkeitsfällen eingeräumt, sondern sie enthält das Zuständigkeitsprinzip, das die erwähnten und noch eine Menge weiterer Einzelfälle mitumfaßt. Darum steht auch diese Befugnis nicht als Unterabteilung im Art. 2 Abs. I, sondern im Art. 1 Schulbed.G. an der Spitze des Sprengelschulrechts überhaupt. (Auf S. 408 u. 409 der Abhandlung ist irrtümlich Art. 2 Abs. I statt 1 Abs. II zitiert). Hier, nicht in dem einen ganz anderen Zweck verfolgenden Art. 2 ist die Zuständigkeit der verstärkten Gemeindeverwaltung dargestellt. Auch daraus, daß das Gesetz von der vermögensrechtlichen Verwaltung der Sprengelschule einschließlich ihrer Vertretung nach außen, nicht aber von der Vertretung der vereinigten Gemeinden spricht, folgt nichts für die Gegenansicht; denn die Sprengelschule ist kein Rechtssubjekt und es handelt sich wohl nur um eine sprachliche Erleichterung, wenn das Gesetz von der Vertretung usw. der Sprengelschule statt der einzelnen ganz oder mit Teilen zum Schulsprengel gehörenden politischen Gemeinden redet. Warum aber soll, so frage ich mit Braun, die vermögensrechtliche Verwaltung das Recht zur Abschließung von Kauf-, Miet- und Werkverträgen in sich begreifen, das zur Aufnahme eines Darlehens aber nicht mitumfassen?

---

Der zusammengesetzte Schulsprengel ist, wo er in den Privatrechtsverkehr tritt, als eine **Rechtsgemeinschaft zu erachten, die nach den für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes geltenden Rechtssätzen zu beurteilen ist.**[1])

[1]) Entwurf S. 345, v. Kahr a. a. O. S. 201. Mit Unrecht bekämpft Dr. Dennler in den Blättern für administrative Praxis, Bd. LIV, S. 140 die Anwendung der §§ 705 ff. B.G.B. Nach seiner Meinung sind vielmehr die Rechtssätze über die vertragslose Gemeinschaft (§§ 741 ff. B.G.B.) anzuwenden, weil es hier an einem Gesellschaftsvertrage fehle. Dabei übersieht er aber, daß es beim Schulsprengel wie bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes vor allem der gemeinsame Zweck ist, der die Gesellschafter vereinigt, und daß wir hier wie dort ein dinglich gebundenes Gesellschaftsvermögen haben, was bei der vertragslosen Gemeinschaft nicht zutrifft (vgl. Planck, Kommentar zum B.G.B. Vorbem. z. Tit. XIV, N. II 1 und z. Tit. XV N. 2). Ferner ist für die vertragslose Gemeinschaft der Mangel eines gesetzlichen Vertretungsorgans mindestens ebenso wichtig wie der des Gesellschaftsvertrags. Der zusammengesetzte Schulsprengel besitzt ein solches gesetzliches Vertretungsorgan, und gerade diese Tatsache erhebt ihn nicht nur über die vertragslose Gemeinschaft, sondern auch über die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und stellt ihn zwischen diese und die mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Körperschaften. Es sprechen also überwiegende Gründe für die analoge Anwendung des Gesellschaftsrechtes des BGB. Das Gemeinschaftsrecht wäre in seinen wichtigsten Bestimmungen (freies Verfügungsrecht über den Anteil am Vermögen u. a.) von vornherein unanwendbar. — Auch die Ausführungen Dennlers gegen Reger-Graßmann gehen fehl. Diese sagen nicht, daß das Sprengelvermögen nach Bruchteilen geteilt sein muß, sondern nur, daß es so geteilt sein kann, wenn dies eben vertragsmäßig bestimmt ist. Nur wenn solche Verträge fehlen, greifen ja die gesetzlichen Bestimmungen des Gesellschaftsrechtes Platz.

Diese Normen finden aber nur dann analoge Anwendung, wenn nicht Verträge unter den Sprengelmitgliedern oder das an Stelle des Gesellschaftsvertrages die Gesellschafter einende Gesetz ihre Ausschließung bedingen.

Schon bei der Entstehung der Rechtsgemeinschaft macht sich dies bemerkbar: Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes entsteht durch den Abschluß des Gesellschaftsvertrages, der die ganze vermögensrechtliche Stellung der Gesellschaft innerhalb der allgemeinen Schranken des bürgerlichen Rechtes frei regeln kann. Die Schulsprengelgesellschaft, wenn wir sie so nennen dürfen, ist eine Vereinigung kraft gesetzlicher Notwendigkeit. Daneben kann unter den einzelnen Mitgliedern auch eine vertragsmäßige Regelung bestehen, wo das Gesetz für eine solche Platz läßt.[1])

Das BGB. hat für die Gesellschaft nicht die römische Sozietät, sondern die Gemeinderschaft des deutschen Rechtes, die gesamte Hand, zum Vorbild genommen.

Die Gesellschaft ist hienach „eine vertragsmäßige Vereinigung Mehrerer zur Förderung eines gemeinsamen Zweckes mittels gegenseitiger Leistungen".[2])

Das Gesellschaftsvermögen gehört nicht der Gesellschaft als solcher; denn sie ist keine juristische Person; aber es scheidet sich doch scharf von dem Privatvermögen der Gesellschafter, es ist „dinglich gebunden", solange die Gesellschaft besteht.

Eigentümer des Gesellschaftsvermögens sind die Gesellschafter zu unbestimmten Anteilen, die während des Bestehens der Gesellschaft ruhen und erst nach ihrer Auflösung im Auseinandersetzungsverfahren in die Erscheinung treten. Vorher kann kein Gesellschafter über das Gesellschaftsvermögen im ganzen oder über seinen Anteil hieran ohne die

[1]) Es kann z. B. bestimmt werden, daß einzelne Gemeinden Vorausleistungen zur Aufbringung des Schulbedarfs zu machen haben, nicht aber, daß die Verteilung des ungedeckten Bedarfs in anderer als der in Art. 2b Schulbed.G. vorgeschriebenen Weise erfolgen soll.

[2]) § 705 BGB., Planck a. a. O., Vorbem. zu Tit. XIV N. II 1, Dernburg, Bürgerliches Recht II 2, § 355.

Mitwirkung der andern Gesellschafter verfügen oder einseitig Teilung verlangen. Dagegen ist er als Mitbesitzer berechtigt, das Gesellschaftsvermögen durch erlaubte Selbsthilfe in seinem vollen Umfange zu schützen.[1]) Die Grundstücke, die zum Gesellschaftsvermögen gehören, sind Miteigentum der Gesellschafter. Ins Grundbuch sind die Namen sämtlicher Gesellschafter mit einem das Gesellschaftsverhältnis andeutenden Zusatz einzutragen.

Dies alles läßt sich leicht ins Schulrecht übersetzen:

Wenn nicht besondere Rechtstitel zu gunsten der Schulsitzgemeinde oder eines anderen Sprengelmitgliedes oder sonstigen Rechtssubjektes nachweisbar sind, gehört das Schulsprengelvermögen den zum Schulsprengel gehörigen politischen Gemeinden zu unausgeschiedenen Anteilen.[2]) Bestimmte Miteigentumsanteile entstehen erst im Auseinandersetzungsverfahren, das bei Aenderungen im Bestande des Schulsprengels Platz greifen kann und mangels gütlicher Einigung nach Art. 11 des Verw.Ger.H.G. durch schiedsrichterliche Entscheidung erledigt wird.

Die Einnahmen des Schulsprengels (die Beiträge der Einzelgemeinden, das Schulgeld, die Schulversäumnisstrafen, herkömmliche Leistungen an die Schule, wie Läutgarben, Kirchtrachten u. a.) werden Bestandteile des Gesellschaftsvermögens; ebenso die Früchte, die es trägt, und die Vermögensobjekte, die als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zum Sprengelvermögen gehörigen Gegenstandes erworben werden (§ 718 BGB.).

Das Sprengelvermögen unterscheidet sich scharf vom Vermögen der einzelnen zum Schulsprengel gehörigen politischen Gemeinden.

Wie ein Gesellschafter der Gesellschaft, so kann eine Sprengelgemeinde dem Schulsprengel ein Grundstück verkaufen, vertauschen, vermieten, schenken, leihen usw.; wie der Gesellschafter an einem Gesellschaftsgrundstücke, so kann die Einzelgemeinde an den zum Sprengelvermögen gehörigen Liegenschaften dingliche Rechte erwerben. Ihre Hypothek an einem Grundstücke des Schulsprengels ist weder ganz, noch teilweise eine Eigentümerhypothek.[3])

Von der Eintragung der Schulsprengelgrundstücke ins Grundbuch wird später die Rede sein.

Die Gesellschafter des bürgerlichen Rechtes können ein Rechtsgeschäft nur dann gültig schließen, wenn sie alle zusammen „mit gesamter Hand" (coniuncta manu) handeln. § 709 BGB. Der Einfachheit halber sieht das Gesetz aber vor, daß der Gesellschaftsvertrag das Recht der Geschäftsführung jedem Gesellschafter für sich oder einzelnen ausschließlich übertragen oder Mehrheitsbeschlüsse entscheiden lassen kann. Dann sind die nicht durch den Gesellschaftsvertrag mit Vertretungsmacht ausgestatteten Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen.

[1]) Planck a. a. O. N. 2 zu § 719; Dernburg a. a. O § 359 III.

[2]) Entwurf S. 345, Reger-Graßmann a. a. O. S. 36, 38, Seiler a. a O. S. 93, 110. Damit ist die Kontroverse des bisherigen Rechtes (vgl. Denkschrift S. 664, Seiler a. a. O. S. 92) gelöst.

[3]) Vgl. Dernburg a. a. O. § 359 N. 6, Cosack, Bürgerliches Recht, II S. 366.

Das Schulrecht hat die Vertretung der Sprengelgesellschaft im Rechtsverkehr dadurch geregelt, daß es ihr ein eigenes Organ zur Verwaltung des Gesellschaftsvermögens und zur Vertretung nach außen gegeben hat. Diese Organisation in Verbindung mit einigen weiteren, später zu erörternden Merkmalen bringt die Sprengelgesellschaft der juristischen Person sehr nahe, zumal ihr Organ mit sehr weitgehender gesetzlicher Vertretungsmacht ausgestattet ist.[1])

Während nämlich die Schulsprengelvertretung des Schulbed.G. von 1861 nur die Ermittlung des Schulbedarfes und die Austeilung auf die einzelnen Sprengelmitglieder zu besorgen hatte,[2]) ist der verstärkten Gemeindeverwaltung, wie wir bereits gehört haben, die gesamte vermögensrechtliche Verwaltung der Sprengelschule einschließlich ihrer Vertretung nach außen übertragen. Wie weit diese Vertretungsmacht reicht, ist gleichfalls schon erörtert worden.

Das Recht der verstärkten Gemeindeverwaltung zur Geschäftsführung für die Sprengelgesellschaft ruht auf gesetzlicher Grundlage und kann also nicht in sinnentsprechender Anwendung des § 712 BGB. beschränkt oder ausgeschlossen werden.

Das Gesetz begründet aber auch eine Geschäftsführungspflicht, der sich die verstärkte Gemeindeverwaltung nicht wie der geschäftsführende Gesellschafter des bürgerlichen Rechtes durch Kündigung entziehen kann (§ 712 II BGB.).

Die Rechtsgeschäfte, die die verstärkte Gemeindeverwaltung innerhalb ihres Wirkungskreises abschließt, machen, wie dies auch für die Gesellschaft nach §§ 427 und 431 BGB. als Regel gilt, die den Schulsprengel bildenden Gemeinden zu Gesamtschuldnern.[3]) Sofern es sich aber um

[1]) Schon für das alte Recht hatte der Verw.Ger.H. (Bd. XI S. 540) gesagt: „Wenn es auch richtig ist, daß der Schulsprengel keine juristische Person und keine Korporation ist, so ist derselbe doch ein mit bestimmten Befugnissen versehener, förmlich organisierter Konkurrenzbezirk."

[2]) Art. 7 Schulbed G. von 1861, Verw.Ger H. II S. 267, IX S. 193, Oberst. L.G, Ziv.S. VI S. 719, XV S. 862, Bl. f. adm. Pr. XVII S. 206, Englmann-Stingl a. a. O. § 176.

[3]) Der Kultusminister Dr. von Landmann sprach im Reichsratsausschusse (R.R.V. Beil. Bd. II S. 304) auch von der Möglichkeit einer Verpflichtung pro rata parte. Eine solche tritt wohl nur dann ein, wenn dies ausdrücklich verabredet ist.

Rechtsgeschäfte handelt, die unter Art. 2 I Schulbed.G. fallen, sind die Einzelgemeinden erst dann gebunden, wenn sie nicht mehr in der Lage sind, die Beschlüsse der verstärkten Gemeindeverwaltung durch **Beschwerde** bei der vorgesetzten Verwaltungsbehörde anzufechten. Hiefür läuft vom Tage der Beschlußfassung an eine vierzehntägige Frist (Art. 2 III Schulbed.G.); ist sie verstrichen, so ist ohne weiteres zum Vollzuge zu schreiten,[1] vorausgesetzt, daß die nach den beiden Gemeindeordnungen etwa weiter erforderliche **staatsaufsichtliche Genehmigung** erteilt ist. Den Mangel der Rechtskraft in den Fällen, in denen ein Beschwerderecht nach Art. 2 I und III Schulbed.G. besteht, oder der staatsaufsichtlichen Genehmigung da, wo sie nötig ist, muß der Vertragsgegner der verstärkten Gemeindeverwaltung gegen sich gelten lassen; sein guter Glaube nützt ihm nichts.[2]) Die staatsaufsichtliche Genehmigung muß eine „vorherige" sein (Art. 159/91 Gem.O.), die nachträgliche wirkt aber, „soferne nicht die genehmigende Behörde anders bestimmt oder die gegenteilige Absicht aus den begleitenden Umständen oder der Natur der Sache erhellt, und unbeschadet wohlerworbener Rechte Dritter" auf den Zeitpunkt der Beschlußfassung zurück.[3]) Gebrechen des Beschlusses, die seine Unwirksamkeit zur Folge haben müssen, werden selbstverständlich auch durch die erteilte staatsaufsichtliche Genehmigung nicht geheilt.[4])

Die Gesellschafter des bürgerlichen Rechtes haften für **schuldhafte Handlungen** ihrer Vertreter nur bei konkurrierendem eigenem Verschulden (z. B. culpa in eligendo).[5]) Für den Schulsprengel gilt das nicht. Für ihn sind § 839 BGB., Art. 77 E.G. z. BGB. und Art. 60 A.G. z. BGB. maßgebend. Die Mitglieder der verstärkten Gemeindeverwaltung sind **Beamte** der Schulsprengelgesellschaft; verletzen sie in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt vorsätzlich oder fahrlässig die ihnen einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so haften hiefür die den Schulsprengel bildenden Gemeinden als Gesamtschuldner. Die aus Art. 60 IV A.G. z. BGB. abzuleitende Ersatzforderung gegen den Vertreter fällt in das Sprengelvermögen. Auch Art. 61 A.G. z. BGB. findet auf den Schulsprengel Anwendung.

[1]) Diese Beschwerde ist mehr als eine bloße Anrufung der Staatsaufsicht; sie hemmt den Vollzug und damit auch die Wirksamkeit des Beschlusses nach außen hin. Wo das Beschwerderecht nach Art. 2 III Schulbed.G. nicht Platz greift, ist der Beschluß sofort wirksam und vollziehbar. Die Möglichkeit staatsaufsichtlicher Beschwerde steht dem nicht im Wege.

[2]) Vgl. **von Kahr**, Kommentar zur rechtsrheinischen Gemeindeordnung, Bd. I S. 767 und die dort zitierte Rechtsprechung der obersten Gerichte, dann Bd. II S. 76 f.

[3]) **v. Kahr** a. a. O. Bd. II S. 78.

[4]) Ebenda S. 74.

[5]) **Dernburg** a. a. O. § 358 V.

Die Haftung der Sprengelgemeinden kann nach Art. 7 Verw.Ger.G. erst dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verwaltungsgerichtshof in einer den Richter bindenden Vorentscheidung die Frage bejaht hat, ob sich der Beamte einer Ueberschreitung seiner Amtsbefugnisse oder der Unterlassung einer ihm obliegenden Amtshandlung schuldig gemacht habe. Für das Verhältnis der Sprengelbeamten zur Schulsprengelgesellschaft gelten Art. 158 der rechtsrh. u. Art. 90 der pfälz. Gem.O.

Eine **strafrechtliche Haftung** der Sprengelmitglieder ist ausgeschlossen; denn das geltende Recht kennt keine strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen.

Es ist schon öfter erwähnt worden, daß Art. 1 II Schulbed.G. der verstärkten Gemeindeverwaltung auch die **Vertretung** der den Schulsprengel bildenden politischen Gemeinden **nach außen** übertragen hat. Das ist vor allem für das **Zivilprozeßrecht** von Bedeutung.

Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes ist als solche nicht **parteifähig**, eine Klage der Gesellschaft oder gegen die Gesellschaft ist unzulässig; die Gesellschafter können nur gemeinsam klagen und verklagt werden (§ 50 C.P.O.).[1])

Zur **Zwangsvollstreckung** in das Gesellschaftsvermögen ist nach § 736 C.P.O. ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil erforderlich.

Das Recht der Geschäftsführung schließt die **Prozeßvollmacht** nicht ein; sie muß daher ausdrücklich übertragen werden.[2])

Für den zusammengesetzten Schulsprengel gilt von diesen Rechtssätzen nur ein Teil:

Auch der Schulsprengel kann als solcher weder klagen, noch verklagt werden; die **Streitparteien** sind vielmehr immer **die den Schulsprengel bildenden politischen Gemeinden**.

Die Klage darf also nicht vom Schulsprengel und gegen ihn erhoben werden, sondern sie muß von sämtlichen Einzelgemeinden gestellt und gegen sämtliche gerichtet werden.[3]) **Die verstärkte Gemeindeverwaltung** hat aber zweifellos auf Grund des Art. 1 II Schulbed.G. **aktive und passive Prozeßvollmacht**.[4]) Die Klage ist also nicht den Verwaltungen der Einzel-

[1]) **Gaupp-Stein**, Kommentar zur C.P.O. § 50, N. III, **Planck** a. a. O. N. II, 2 b. Vorbem. zu Tit. XIV. Teilweise a. M. **Seuffert**, Kommentar zur C.P.O., § 50, N. 2 d, der den Rechtssatz des § 50 II C.P.O., daß ein nicht rechtsfähiger Verein als solcher (zwar nicht klagen aber) verklagt werden könne, auch für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes gelten lassen will.

[2]) Der Schulsprengelvertretung des früheren Rechtes kam bei ihrem beschränkten Wirkungskreise keine Prozeßführung zu; die Vertreter der Gemeinden waren hier die sämtlichen Verwaltungen der Einzelgemeinden. Oberst. L.G. VI S. 719, XII S. 66, XV S. 862, Bl. f. R.A. Bd. 66 S. 128.

[3]) **Dernburg** a. a. O. § 358 I, V.

[4]) Nach **Seuffert** a. a. O. kann der Schulsprengel als solcher verklagt werden (aber nicht klagen).

gemeinden, sondern der verstärkten Gemeindeverwaltung zuzustellen. Nach § 171 C.P.O. genügt die Zustellung an den Bürgermeister der Gemeinde, deren Verwaltung verstärkt ist (vgl. Verw.Ger.H. IX S. 55).

Aus analoger Anwendung des § 17 I C.P.O. darf wohl gefolgert werden, daß der Gerichtsstand des Schulsprengels am Sitze der Gemeinde begründet ist, deren Verwaltung verstärkt ist. Die entgegengesetzte Ansicht, die am Sitze jeder Sprengelgemeinde einen Gerichtsstand als gegeben anerkennen müßte, dürfte weder dem Sinn des Gesetzes, noch den Anforderungen der Praxis entsprechen.[1])

Die gesetzliche Prozeßvollmacht der verstärkten Gemeindeverwaltung schließt die Magistrate, Gemeindeausschüsse und Gemeinderäte der zum Sprengel gehörigen Einzelgemeinden von der Prozeßführung aus. Nur die Mitglieder der verstärkten Gemeindeverwaltung können daher im Prozesse nicht als Zeugen auftreten, während gegen die Vernehmung der übrigen Mitglieder der einzelnen Gemeindeverwaltungen kein Hindernis besteht. Maßgebend ist dabei der Bestand der verstärkten Gemeindeverwaltung zur Zeit der Zeugenvernehmung. Ist zu dieser Zeit der Beigeordnete einer Nebengemeinde zur verstärkten Gemeindeverwaltung abgeordnet, so kann der Bürgermeister ebensogut als Zeuge vernommen werden wie jedes andere, der verstärkten Gemeindeverwaltung nicht angehörende Gemeindeausschußmitglied. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß die Gemeindeausschußmitglieder nach Art. 125 III Gem.O. (vgl. auch 101 II Gem.O., 56 pf. Gem.O.) in die Lage kommen können, den Beigeordneten im Verhinderungsfall in der verstärkten Gemeindeverwaltung vertreten zu müssen.[2]) Für die Ersatzmänner gilt das gleiche.

Die Eideszuschiebung erfolgt gemäß §§ 473, 474 C.P.O. an die sämtlichen Mitglieder der verstärkten Gemeindeverwaltung, nicht an die sämtlichen Mitglieder der Gemeindeverwaltungen aller Einzelgemeinden. Maßgebend ist die Zusammensetzung der verstärkten Gemeindeverwaltung zur Zeit der Eidesleistung.

Die Bestimmung des § 736 C.P.O., daß zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil erforderlich (und genügend) sei, ohne daß es sich um eine Gesellschaftsschuld zu handeln braucht, dürfte auf die Sprengelgesellschaft nicht anwendbar sein. Hier zeigt sich wieder der Unterschied zwischen dem Gesellschaftsvertrag und dem Gesetz als Bindemittel unter den Gesellschaftern. Das Schulbedarfsgesetz will, daß das Vermögen des Schulsprengels ausschließlich den Zwecken der Sprengelschule gewidmet bleibe; wir müssen daher weiter gehen als das Gesellschaftsrecht und zur Vollstreckung gegen die Sprengelmitglieder einen Titel verlangen, der sich auf eine Gesellschaftsschuld gründet. Die Privatgläubiger der Einzelgemeinden haben keinen Zugriff auf das Sprengelvermögen, auch nicht, wenn ihnen die sämtlichen Sprengelgemeinden aus anderem Rechtsgrunde (z. B. weil sie gleichzeitig einen Verband auf Grund des Art. 37 des Distriktsrats-G. bilden) als Gesamtschuldner haften sollten. Sie haben daher auch nicht das Recht der Privatgläubiger eines Gesellschafters, die nach § 725 BGB. und § 859 C.P.O. den Anteil ihres Schuldners am Gesellschaftsvermögen als Ganzem pfänden und dann die Gesellschaft kündigen können. Ein solches Recht ist bei der Sprengelgesellschaft, deren gesetzlichem Zweck es zuwiderlaufen würde, undenkbar.

Dagegen besteht wohl kein Zweifel, daß den Gläubigern der Sprengelgesellschaft nicht nur das Sprengelvermögen, sondern auch das Vermögen der sämtlichen Sprengelgemeinden haftet.[1]) Dabei haben diese an und für sich nach außenhin kein beneficium excussionis, sie können nicht verlangen, daß der Gläubiger zuerst aus dem Sprengelvermögen befriedigt werde.[2]) Die Staatsaufsichtsbehörden werden aber, wenn eine Zwangsvollstreckung gegen die Sprengelgemeinden nach Art. 157 VIII 89 Gem.O. in Frage kommt, dafür zu sorgen haben, daß der zur Befriedigung des Gläubigers nötige Bedarf bereit gestellt und nach den Grundsätzen für die Verteilung und Aufbringung des übrigen Schulbedarfes (Art. 2 b Schulbed.G.) verteilt und aufgebracht werde.

Die Rechtssätze des Gesellschaftsrechtes über die Aufrechnung von Forderungen[3]) sind nur zum geringsten Teile für das Schulrecht verwendbar; denn auch hier zeigt sich wieder, daß das Gesetz das Sprengelvermögen straffer bindet als der Gesellschaftsvertrag das Gesellschaftsvermögen binden kann.

Der Satz, daß der Schuldner gegen eine zum Gesellschaftsvermögen gehörende Forderung nicht mit einer ihm gegen einen einzelnen Gesellschafter zustehenden Forderung aufrechnen kann, gilt für das Schulrecht ebenso wie der Satz, daß die Gesellschafter gegen eine Forderung, die dem Gläubiger allen Gesellschaftern gegenüber zusteht, nicht

---

[1]) Die Schulsprengel greifen oft in mehrere Gerichtsbezirke über.

[2]) Vgl. Entwurf S. 347, Kult.Min.Entschl. A.Bl. 1902 S. 438.

[1]) Wie bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts; vgl. Planck a. a. O. N. 2 II zu § 719. Dabei darf aber nicht vergessen werden, daß die gerichtliche Zwangsvollstreckung gegen Gemeinden aus Geldforderungen durch § 15 Ziff. 3 E.G. z. C.P.O. und Art. 9 II A.G. z. C.P.O. ausgeschlossen und durch staatsaufsichtliches Einschreiten nach Art. 157 VIII/89 G.O. ersetzt ist. Für Forderungen anderer Art, besonders für die Verfolgung dinglicher Rechte, ist dagegen gerichtliche Zwangsvollstreckung möglich (vgl. v. Kahr, a. a. O. II, S. 52).

[2]) Ebensowenig wie die Gesellschafter des bürgerlichen Rechtes; vgl. Dernburg, a. a. O. § 360 IV.

[3]) Vgl. zum Folgenden Planck a. a. O. N. 3 zu § 719 u. N. zu § 720.

die einem einzelnen Gesellschafter gegen den Gläubiger zustehende Forderung aufrechnen dürfen. Die Sprengelgemeinden können in diesem Falle aber auch eine Gesellschaftsforderung nicht aufrechnen, wenn die Gegenforderung keine Gesellschaftsforderung ist; denn nur für solche haftet, wie wir gehört haben, das Sprengelvermögen. Mit Forderungen der Einzelgemeinden kann die verstärkte Gemeindeverwaltung gegen eine Gesellschaftsforderung nicht aufrechnen. Ebenso ist wohl auch gegen eine Forderung der Gesellschaft die Aufrechnung einer Forderung gegen eine Sprengelgemeinde nicht zulässig. Der Baumeister, den die verstärkte Gemeindeverwaltung wegen nicht rechtzeitiger Fertigstellung eines Schulhausbaus auf Bezahlung einer Vertragsstrafe von 1000 Mk. verklagt, kann sich nicht darauf berufen, daß ihm die Sprengelgemeinde A für die Erbauung eines Armenhauses die gleiche Summe schuldet.

Der § 720 BGB., der besagt, daß der Schuldner die Zugehörigkeit einer Forderung zum Gesellschaftsvermögen erst dann gegen sich gelten lassen müsse, wenn er von der Zugehörigkeit Kenntnis erlangt habe, ist auf die Schulsprengelgesellschaft nicht anwendbar; denn dieser gegenüber entbehrt die Annahme, eine einzelne Sprengelgemeinde könne über ihren Anteil an der Forderung frei verfügen, jeder Berechtigung, weil das Gesellschaftsverhältnis und seine Organisation hier nach außenhin bekannt oder zum mindesten leicht feststellbar sind. Die Unkenntnis der Zugehörigkeit einer Forderung zum Schulsprengelvermögen ist daher wohl nie unverschuldet.[1])

Die einzelnen Gesellschafter können, solange die Gesellschaft dauert, nicht die Aufteilung des Gesellschaftsvermögens fordern, wohl aber jederzeit einstimmig die Auflösung der Gesellschaft beschließen.[2]) Den Mitgliedern des Schulsprengels ist auch das verwehrt; denn ihre Vereinigung ist auf die Dauer berechnet und beruht nicht auf einem contrario consensu wieder auflösbaren Gesellschaftsvertrag, sondern auf dem Gesetz, und das Vermögen der Sprengelschule ist durch das staatliche Aufsichtsrecht der freien Verfügung der Gemeinden entrückt.

**Die Auflösung der Schulsprengelgemeinschaft** erfolgt, wenn die Staatsgewalt in der Ausübung ihres Organisationsrechtes dies verfügt. Was dann mit dem Vermögen der Sprengelschule zu geschehen hat, ist in dem bereits erwähnten Art. 11 Verw.Ger.G. gesagt. Danach soll zuvörderst eine gütliche Einigung unter den Beteiligten Maß geben und, wenn sie nicht zustande kommt, eine schiedsrichterliche Entscheidung Platz greifen.[3]) Da diese nicht nur Rücksichten des Rechtes, sondern auch ganz besonders solche der Billigkeit zu nehmen hat, werden die Grundsätze des Gesellschaftsrechtes über die Teilung des Gesellschaftsvermögens (§§ 733 ff. BGB.) nur in beschränktem Maß Anwendung finden können.[1])

Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes endet an und für sich mit jeder Aenderung ihres Mitgliederbestandes (§ 727 BGB.) Nach § 736 BGB. kann jedoch der Gesellschaftsvertrag die Bestimmung treffen, daß beim **Ausscheiden eines Gesellschafters** die alte Gesellschaft unter den übrigen fortbestehen solle.

Was der Gesellschaftsvertrag für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes bestimmen kann, um ihr Dauer zu verleihen, das muß für die Schulsprengelgemeinschaft als selbstverständlich gelten; denn hier bestimmt nicht ein frei lösbarer Vertrag, sondern das Gesetz die Vereinigung und läßt diese auch über einen Wechsel im Mitgliederbestande hinweg so lange dauern, bis der Staat sie auflöst.

Gleiches gilt aus denselben Gründen auch vom **Eintritt einer neuen Gemeinde in den Sprengelverband**; auch hier besteht die alte Sprengelgemeinschaft, nur um ein Mitglied vermehrt, weiter.

Im Gesellschaftsrechte fehlt es hiefür allerdings an einem Analogon; denn, wenn das Gesetz nur für den Fall des **Austrittes** eines Gesellschafters die alte Gesellschaft fortbestehen läßt, vom Falle des **Eintrittes** eines neuen Gesellschafters aber schweigt, so muß wohl angenommen werden, daß es hier mit Absicht nicht das gleiche gelten lassen wollte[2]). Die entgegengesetzte Ansicht **Dernburgs**, der mit Rücksicht auf die Gesellschaftsgläubiger die nach seiner Meinung aus Versehen unterbliebene Regelung durch sinnentsprechende Anwendung des § 736 BGB. ersetzen will, geht wohl zu weit.[3])

Für das Schulrecht gilt, wie gesagt, die Sprengelgemeinschaft als fortbestehend, auch wenn der Mitgliederbestand durch eine organisatorische Verfügung der Staatsgewalt geändert wird. Der ausscheidende Sprengelbestandteil verliert sein Miteigentum am Gesellschaftsvermögen mit der Wirksamkeit des Organisationsaktes und der neu Eintretende wächst mit dem gleichen Augenblick in die Gesellschaft hinein.[4]) Wie die öffentlichrechtlichen Folgen der Zugehörigkeit zum Schulsprengel ihn sofort treffen, so fällt ihm auch sein Miteigentum am Gesellschafts-

---

[1]) Vgl. **Planck** a. a. O. Anm. zu § 720.

[2]) **Dernburg** a. a. O. § 360 I.

[3]) Zuständig hiefür ist eine vom K. Staatsministerium des Innern delegierte Kreisregierung, Kammer des Innern, wenn eine unmittelbare Stadt in Frage kommt; sonst ein von der vorgesetzten Kreisregierung delegiertes Bezirksamt. In beiden Fällen entscheidet der Verwaltungsgerichtshof in zweiter und letzter Instanz.

[1]) Vgl. auch Verw.Ger.H. XII S. 373.

[2]) So **Planck** a. a. O. § 717 N. 2. 736.

[3]) a. a. O. § 362 III.

[4]) Die K. Regierung von Niederbayern, Kammer des Innern hat in einer Entschließung vom 12. Dez. 1904, Nr. 32760 die administrative Verfügung der Einschulung für genügend erachtet, um dem neueintretenden Sprengelbestandteil Miteigentum am Sprengelvermögen zu gewähren, wenn bei der Umschulung nichts Gegenteiliges vereinbart worden ist.

vermögen zu, ohne daß es eigener Uebertragungshandlungen bedürfte.[1])

Das erleidet allerdings dadurch eine Einschränkung, daß die bisherigen Sprengelmitglieder bei Aenderungen im Bestande des Schulsprengels, wie bereits erörtert wurde, zur Auseinandersetzung des vorhandenen Sprengelvermögens schreiten können. Wenn eine solche nicht stattfindet, dann greift wieder die besprochene Regel Platz.

Gehören Grundstücke zum Vermögen der Sprengelschule, die auf die bisherigen Gesellschafter eingetragen sind,[2]) so muß dem neu eintretenden Sprengelmitgliede nicht erst das Miteigentum aufgelassen werden, sondern es fällt ihm kraft des Gesellschaftsverhältnisses, das ja auch bei der Eintragung im Grundbuche zum Ausdruck kommt (Grundb.O. § 48), von rechtswegen an, und es bedarf nur der Berichtigung des durch den Eintritt des neuen Sprengelmitglieds unrichtig gewordenen Grundbuchs gemäß § 894 BGB. Ebenso ist beim Austritt eines Mitgliedes nichts weiter als die Berichtigung des Grundbuchs nötig.[3]) Für dingliche Rechte an fremder Sache gilt das Gleiche.

Das legt die Frage nahe, ob es nicht zulässig ist, im Grundbuch als Eigentümerinnen der zum Sprengelvermögen gehörigen Liegenschaften statt der derzeitigen Sprengelglieder mit einem das Gesellschaftsverhältnis andeutenden Zusatze gleich die jeweils den Schulsprengel bildenden politischen Gemeinden einzutragen. Das würde zahlreiche Grundbuchberichtigungen ersparen und neue Eintragungen nur dann nötig machen, wenn bei der Auseinandersetzung der Uebergang des Miteigentums auf den neu Eintretenden ausgeschlossen oder dem Ausscheidenden dingliche Rechte vorbehalten werden würden.

Auch theoretisch dürfte dies Verfahren zulässig sein. Wir haben wiederholt gesehen, daß der zusammengesetzte Schulsprengel durch seine gesetzliche Organisation, durch seine Dauer über Veränderungen im Mitgliederbestande hinweg und durch die straffe dingliche Bindung des Gesellschaftsvermögens für die Zwecke der Schule der juristischen Person sehr nahe gerückt ist. Dazu kommt noch, daß der jeweilige Mitgliederbestand des Schulsprengels nicht wie der einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes nach außen hin ungewiß ist, sondern jederzeit ohne Mühe amtlich festgestellt werden kann, so daß auch die Befürchtung einer Verdunkelung der Eigentumsverhältnisse die Eintragung der jeweils den Schulsprengel bildenden Gemeinden ebensowenig verbieten kann als beispielsweise die vom Justizministerium ausdrücklich gebilligte Eintragung eines aus den jeweiligen Eigentümern bestimmter Häuser bestehenden Weideverbandes.[1])

Zum Schlusse noch ein Wort über die Behandlung der in den öffentlichen Büchern bisher für die Schulgemeinde eingetragenen Grundstücke. Zunächst ist natürlich festzustellen, ob unter der Schulgemeinde die Schulsitzgemeinde oder der Schulsprengel als juristische Person verstanden wurde. Ergibt sich, daß der Sprengel als Rechtssubjekt gemeint war, so ist die Folge die, daß die politischen Gemeinden, die gegenwärtig den Schulsprengel bilden, die Miteigentümerinnen der Sprengelgrundstücke sind. Das ergibt sich aus dem oben entwickelten Grundsatze, daß mangels anderer Regelung den jeweils die Gesellschaft bildenden Gemeinden das Gesellschaftsvermögen zu Miteigentum gehört, und entspricht auch am besten dem Willen der Vertragsteile, die den Schulsprengel als solchen — also in seinem jeweiligen Bestande — zum Eigentümer der Sprengelgrundstücke machen wollten.

[1]) Vgl. Art. 164 E.G. z. BGB., Just.M.E. vom 18. Juni 1900, Nr. 22154, vom 4. September 1900, Nr. 26079 u. a., Henle-Dandl a. a. O. S. 100.

[1]) Vorausgesetzt ist dabei natürlich, daß es sich um wirkliches Sprengelvermögen handelt. Wenn das Schulhaus und die Dienstgründe z. B. der Schulsitzgemeinde allein gehören, erwirbt der neue Sprengelbestandteil natürlich ebensowenig ein Miteigentumsrecht als die anderen Sprengelgenossen ein solches besitzen. Hier bleibt er vielmehr auf ein öffentlichrechtliches Mitnutzungsrecht beschränkt. An allem Sprengelvermögen aber, für das Sonderrechtstitel nicht bestehen, fällt ihm das Miteigentum zu.

[2]) Die Schulgrundstücke sind nach § 90 Grundb.O. und Art. 2 des Ges. betr. die Anl. des Grundbuchs vom Buchungszwange frei, sollen aber eingetragen werden (Kult.Min.Entschl. vom 3. Juli 1899). Die Stellung des Buchungsantrags gehört zur Zuständigkeit der verstärkten Gemeindeverwaltung.

[3]) Planck a. a. O. § 738 Anm., Dernburg a. a. O. § 362 II, Maenner, Recht der Grundstücke, S. 185.

## Mitteilungen aus der Praxis.*)

**Erbeinsetzung oder Vermächtnis?** Im Sommer 1904 starb in W. der Schmied M. verwitwet und kinderlos. Er hinterließ 10 500 Mk. teils in Wertpapieren teils in Sparbüchern, eine geringwertige Einrichtung sowie Kleider u. Wäsche. Gesetzliche Erben waren eine Schwester und die Kinder und Enkel von fünf verstorbenen Geschwistern, zusammen etwa 30 Beteiligte. Der Verstorbene hatte eigenhändig ein formgerechtes Testament errichtet. Es lautete: „Meine Schwester A. erhält 2000 Mk. Von den Kindern meiner Schwester B. erhalten $B_1$ $B_2$ u. $B_3$ jedes 500 Mk. Die Kinder u. Enkel meines verstorbenen Bruders C. bekommen zusammen 3000 Mk. Meine Paten G., H., J., K. u. L. (sind Kinder u. Enkel der verstorbenen Geschwister D. und E.) sollen jedes 600 Mk. haben. Das Mobiliar u. Gewand vermache ich meiner Haushälterin. 1000 Mk.

*) Wir werden in diesem Teile kürzere Abhandlungen bringen, die nicht dazu bestimmt sind, ein Thema wissenschaftlich erschöpfend zu erörtern, vielmehr auf lehrreiche Vorkommnisse aus der Praxis und auf die Beurteilung hinweisen sollen, die sie erfahren haben, oder nach der Ansicht des Einsenders erfahren sollen. Diese Rubrik unseres Blattes kann auch dazu benützt werden, auf bestehende irrige Auffassungen aufmerksam zu machen oder anregend auf die Gesetzgebung und die Praxis einzuwirken. Wir bitten unsere Leser um ihre eifrige Mitwirkung zur lebhafteren Ausgestaltung dieses Teiles: er wird dann eine gegenseitige Aussprache und Belehrung unter den bayrischen Juristen ermöglichen. Wir sind auch bereit, Anfragen aus der Praxis hier abzudrucken, für die eine Beantwortung aus dem Leserkreise gewünscht wird.

gehören zur Bezahlung der Leichenkosten mit Leichentrunk, des Grabsteins und der sonstigen Auslagen. Was übrig bleibt, dafür sollen Messen gelesen werden". M. hatte also über sein Vermögen bis auf den letzten Pfennig verfügt. Das Nachlaßgericht X. stand vor der Frage, wer Erbe sei. Es konstatierte in einem Aktenvermerk, daß die im Testament bedachten Personen nirgends als Erben bezeichnet, alle nur mit einzelnen Gegenständen bedacht und daher nach § 2087 Abs. 2 des BGB. nicht als Erben, sondern nur als Vermächtnisnehmer anzusehen seien und die gesetzliche Erbfolge Platz greife. In diesem Sinn nahm es das Nachlaßverfahren in Angriff. Die im Testamente bedachten gesetzlichen Erben erklärten Erbschaftsannahme auf grund Gesetzes, beantragten Ausstellung eines gemeinschaftlichen Erbscheins u. lehnten die gerichtliche Auseinandersetzung ab. Die zahlreichen andern Gesetzeserben gingen ebenfalls fast alle auf die Absichten des Nachlaßgerichtes ein u. schlugen die Erbschaft aus. Nur zwei Söhne eines vorverstorbenen Bruders F., dessen Abkömmlinge im Testament übergangen waren, weil F. mit M. in Feindschaft gelebt hatte, wollten sich in die ihnen angesonnene Erbenrolle nicht fügen. Sie erklärten, der Erblasser habe sein ganzes Vermögen letztwillig geteilt, sie gehe der Erbfall also nichts an. Sie weigerten sich ebensowohl Ausschlagung zu erklären wie bei der Vereinigung des Nachlasses mitzuwirken. Nach Ablauf der Ausschlagungsfrist stellte das Nachlaßgericht den gemeinschaftlichen Erbschein auf die im Testament bedachten Verwandten und auf die zwei Erben wider Willen auf grund gesetzlicher Erbfolge aus und trat in das Auseinandersetzungsverfahren ein. Dies scheiterte am Widerspruch der zwei widerspenstigen Beteiligten und endete mit Verweisung auf den Rechtsweg. Die „Vermächtnisnehmer" fanden es indes für klüger, dem Prozeß aus dem Wege zu gehen, beschwichtigten die beiden „Mußerben" mit einer freiwilligen Spende, erhoben mit dem Erbschein und den von jenen ausgestellten Vollmachten die Sparkasseeinlagen und teilten ab. In gleicher Weise wie das Nachlaßgericht X. verfuhren auch andere Gerichte in Fällen, in denen der Erblasser, ohne das Wort Erbe oder Vermächtnisnehmer zu gebrauchen, sein ganzes Vermögen durch Zuwendungen an verschiedene Personen erschöpft hatte. M. E. zu großer Belästigung der Beteiligten und zu unrecht. Nur darin hatte das Nachlaßgericht recht, daß es die Zuwendung des Mobiliars und Gewands an die Haushälterin nicht als Erbeinsetzung sondern als Vermächtnis auffaßte. Daß der Erblasser die Haushälterin nicht an seiner Gesamtrechtsnachfolge beteiligen, sondern auf die ihr zugewendeten Stücke beschränkt wissen wollte, ist nach dem Zweck und der Art der Zuwendung und dem Wertverhältnis des Zugewendeten zu den Hauptwerten des Nachlasses wohl zweifellos. Hier konnte sich das Gericht mit Recht auf § 2087 Abs. 2 des BGB. beziehen. Anders lag die Sache bei den summenmäßigen Zuwendungen an die Verwandten des Erblassers. Die Berufung auf § 2087 Abs. 2 l. c. war hier falsch und irreführend. Die dort als Auslegungsregel aufgestellte Vermutung für die Natur einer Zuwendung als Vermächtnis beschränkt sich auf die Fälle der Zuwendung „einzelner Gegenstände." Sie trifft summenmäßige Zuwendungen aus dem Nachlaß nicht und ist besonders dann unanwendbar, wenn der ganze Nachlaß geteilt ist. Gewiß können solche Summenzuwendungen Vermächtnisse sein, selbst wenn sie den Nachlaß erschöpfen. In letzterem Falle gelten die gesetzlichen Erben als mit der Verpflichtung belastet, den gesamten Nachlaßwert an die bedachten Personen als Vermächtnisnehmer herauszuzahlen. Sie können aber auch als Erbeinsetzungen gemeint sein. Dabei werden in der Regel die Bedachten als Erben nach Verhältnis der ihnen zugewendeten Summen zu gelten haben, nur selten werden besondere Umstände zu einer anderen Auslegung führen. Eine bloße Teilungsanordnung wird wenigstens bei wesentlicher Verschiedenheit der Summen schwerlich angenommen werden können (vgl. hiezu Planck und Staudinger zu § 2087). Eine gesetzliche Vermutung nach Art der Vorschrift in § 2087 II a. a. O. besteht weder für die Vermächtnisnatur der summenmäßigen Zuwendungen noch für deren Eigenschaft als Erbeinsetzung. Es ist Frage der Auslegung im Einzelfall, als was sie zu gelten haben, und maßgebend ist hiefür allein der aus den Verhältnissen und dem Inhalt der letztwilligen Verfügung zu entnehmende Wille des Erblassers. Die Ausdrücke, die der Testator gebraucht hat, spielen bei dieser Auslegung keine Rolle und es ist falsch, wenn das Nachlaßgericht sie auch nur unterstützend für seine Ansicht beiziehen zu können glaubte. Sie werden fast nie einen Auslegungsbehelf bieten, es sei denn, daß das Testament nachweislich von einem Juristen oder unter juristischer Beratung vom Erblasser abgefaßt worden ist. Von dem Nichtjuristen darf nicht vermutet werden, daß er juristisch-technische Ausdrücke auch im technischen Sinne gebraucht hat. In der Regel wird der Wille des Erblassers in Fällen, wie hier, folgender sein. Der Erbe, der mit dem Vermächtnis der Herauszahlung des ganzen Nachlasses belastet ist, ist ein blutloses Schemen. Dem Laien liegt die Vorstellung einer solchen Art von Erben fern. Ihm ist der Erbe derjenige, der die wirtschaftliche Nachfolge des Erblassers antritt. Wenn er sein Vermögen unter die ihm nächststehenden Personen teilt, so tut er dies mit dem Willen, daß nur diese Personen seine Nachfolger sein sollen und daß alles, was er hinterläßt, an sie kommt. Daß die Repräsentanz seiner vermögensrechtlichen Persönlichkeit an seine Gesetzeserben gelangen und die Personen, denen er seine wirtschaftliche Nachfolge zugedacht hat, nur die Stellung mit singulären Zuwendungen bedachter Vermächtnisnehmer einnehmen sollen, ist nicht sein Wille. Noch weniger entspricht es diesem, daß den Gesetzeserben materiell aus seinem Vermögen etwas zukommen soll, wie dies im Falle der Auffassung seiner Anordnungen als Vermächtnisse zuweilen geschehen würde. Sind die von ihm bedachten nur Vermächtnisnehmer und fällt einer von ihnen weg, so bleibt die vermachte Summe — von der Möglichkeit der Anwachsung unter den Vermächtnisnehmern abgesehen — den Erben. Der gleiche Erfolg würde eintreten, wenn er bei der Teilung des Nachlasses ein Stück übersehen hätte, wenn z. B. ein Los, das er für verfallen und wertlos gehalten, nach seinem Tode mit einem Treffer gezogen würde. Das will er nicht. Eben deswegen, weil er nicht will, daß sein Vermögen an die Gesamtheit der zur gesetzlichen Erbfolge berufenen Verwandten fällt, hat er das Testament errichtet, die ihm nach Neigung am nächsten stehenden Personen ausgesucht und unter sie alles, was er hatte, oder wenigstens allen Besitz, von dem er wußte, ohne Rest geteilt. Sein Wille war

der Ausschluß der gesetzlichen Erben und der Übergang seines gesamten Vermögens an die im Testament Bedachten, demnach deren Einsetzung als Erben. Daß er statt der summenmäßigen Austeilung seines Vermögens nicht die Erbeinsetzung nach Bruchteilen gewählt hat, hat seinen Grund nur darin, daß ihm die Teilung nach Quoten ferner liegt. Ihm kommt es nicht darauf an, zu welchem Bruchteil seine Nachfolger an dem hinterlassenen Vermögen berechtigt sind, umsomehr aber darauf, wieviel an Wert, ausgerechnet in bar, jedem zufließen soll. Er drückt also den Anteil eines jeden nicht juristisch in einem Bruchteil des Ganzen, sondern wirtschaftlich in einer Summe aus, in der Absicht, daß die Summe das Verhältnis, in dem jeder am Nachlaß teilnimmt, bestimmen soll. Die anscheinende Zuwendung einer genau bestimmten Summe ist daher in Wahrheit nichts anderes als die Zuwendung einer Quote am Gesamtnachlaß. Nur in ganz besonders gelagerten Fällen wird man annehmen können, daß trotz der Erschöpfung des Nachlasses durch Summenzuwendungen keine Erbeinsetzung, sondern nur die Anordnung von Vermächtnissen bezweckt ist. Es läßt sich meines Erachtens schwer ein solcher Fall denken, jedenfalls war die Nachlaßsache M. nicht so gelagert. Hier lieferte im Gegenteil die Tatsache, daß M. mit seinem Bruder F. verfeindet war und offenbar hiewegen den Stamm F. in seinem Testament ganz unbedacht gelassen hatte, ein starkes Argument für den Ausschluß der gesetzlichen Erbfolge. Aehnliche Anhaltspunkte werden sich übrigens in den meisten Fällen finden. Was oben für die Aufteilung des ganzen Nachlasses in Summen als Regel aufgestellt ist, kann selbstverständlich nicht ohne weiteres dann gelten, wenn ein Testament nur eine oder einige Summenzuwendungen enthält, im übrigen aber die gesetzliche Erbfolge freiläßt. Ob es hier als dem Willen des Erblassers mehr entsprechend anzusehen ist, die Zuwendungen als Erbeinsetzungen oder als Vermächtnisse zu behandeln, bemißt sich nach Lage der Verhältnisse. Dagegen dürfte dem hier behandelten Fall für die Regel auch der gleichzustellen sein, daß der Erblasser den Nachlaß mit Zuwendung einzelner Gegenstände vollständig erschöpft hat, wenn M. also z. B. statt Summen auszuwerfen, seine Wertpapiere nach Nummern und sein Sparkassaguthaben nach den verschiedenen Einlagen verteilt hätte. Es würde in einer solchen Anordnung kaum ein anderer Wille gefunden werden können.

Amtsrichter **Gerber** in München.

**Bestätigung von Annahmeverträgen.** Die Eheleute Sch. schlossen mit dem Vormunde H. des unehelichen Kindes A. H. vor dem Notariate M. einen Vertrag über die Annahme des Kindes A. H. als gemeinschaftliches Kind. Durch Allerhöchste Entschließung wurde den Eheleuten Sch. Befreiung von den Erfordernissen des § 1744 BGB. erteilt. Zwei Tage vor der Erteilung der Befreiung verstarb plötzlich der Ehemann Sch. Der Antrag auf Bestätigung des Annahmevertrages war vor dem Tode des Sch. weder eingereicht noch war der Notar bei oder nach der Beurkundung des Vertrages mit der Einreichung betraut worden. Es ergab sich die Frage, ob der Vertrag wenigstens in der Richtung gegen die Witwe Sch. noch bestätigt werden konnte. Der Bestätigung dürfte ein rechtliches Bedenken nicht im Wege stehen, wenn durch die nachträgliche Vernehmung der Witwe Sch. klargestellt wird, daß sie das Kind A. H. auch nach dem Tode ihres Mannes als eigenes Kind annehmen will und wenn die Allerhöchste Entschließung authentisch dahin interpretiert ist, daß der Annahme des Kindes A. H. durch die Witwe Sch. das gesetzliche Erfordernis des § 1744 BGB. nicht im Wege steht. Der Vertrag, durch den zwei Ehegatten ein Kind als gemeinschaftliches Kind an Kindesstatt annehmen, enthält zwei Verträge, durch die jeder Ehegatte das Kind als sein Kind an Kindesstatt annimmt. Die Bestätigung des Vertrages in der Richtung gegen die Witwe Sch. macht allerdings wegen § 1758 BGB. Abs. 1 Satz 2 noch eine Namensänderung des Kindes notwendig, wenn das Kind den Familiennamen des verstorbenen unehelichen Vaters Sch. führen soll.

Amtsrichter **Barthelmeß** in München.

**Ist es zulässig, im Beweisbeschlusse einem Zeugen aufzugeben, Schriftstücke zu überreichen oder auf Grund derselben auszusagen?** Wenn eine Partei eine Urkunde als Beweismittel benutzen will, welche sich in Händen eines Dritten befindet, so beantragt sie oft, diesen Dritten als Zeugen zu vernehmen und ihm dabei aufzugeben, die Urkunde mitzubringen, oder sie schlägt den Zeugen mit dem Antrage vor, ihm aufzugeben, vor seiner Vernehmung sich aus den in seinen Händen befindlichen Briefen zu unterrichten. Die Gerichte gehen vielfach unbedenklich auf solche Anträge ein. Ich halte das aber für eine unzulässige Umgehung des Gesetzes. Denn die C.P.O. schreibt in § 428 ff. ganz genau vor, wie die Partei zu verfahren hat, wenn die als Beweismittel zu benutzende Urkunde sich in den Händen eines Dritten befindet. Gibt der Dritte sie nicht freiwillig her, muß die Partei ihn verklagen (C.P.O. § 429), und um in dem Prozeß zu siegen, muß sie Tatsachen beweisen, aus denen sich ergibt, daß er nach bürgerlichem Rechte die Herausgabe oder die Vorlegung der Urkunde verlangen kann (C.P.O. § 429, 422), sonst ist der Dritte dagegen geschützt, daß er die Urkunde vorlegen müßte. Man hat absichtlich die weitergehenden Vorschriften der hannoverschen Prozeßordnung (§ 319), wonach jeder dritte Besitzer von Urkunden unter denselben Voraussetzungen, unter welchen er zur Ablegung eines Zeugnisses verbunden sein würde, die Urkunden vorzulegen habe und sogar noch darüber hinaus, wenn der Rechtsgrund zur Vorlegung in einem Eigentums-, Miteigentums-, oder Obligationsverhältnisse beruhe oder wenn die Urkunde eine gemeinschaftliche sei, und daß der Dritte durch Strafen dazu anzuhalten sei (§ 322 der Hann. P.O.) nicht aufgenommen. (Vgl. Motive zu §§ 380—383 des Entwurfs.) Der Dritte soll seinem ordentlichen Richter nicht entzogen werden. Unbedenklich ist ja allerdings, daß das den Zeugen vernehmende Gericht Urkunden, die er freiwillig überreicht, zu den Akten nimmt und Aussagen zu Protokoll nehmen läßt, die der Zeuge freiwillig auf Grund eingesehener Urkunden macht; man soll ihn aber nicht zur Ueberreichung oder Einsicht zwingen und wenn man es ihm aufgibt, so erweckt das beim Zeugen den Irrtum, er müsse der Aufforderung nachkommen, um sich nicht Strafen auszusetzen. Man darf es dem Zeugen höchstens anheimstellen.

Geh. Justizrat **H. Meyer** in **Breslau**.

**Zu §§ 23 Abs. III, 270 Str.P.O.** Nach § 23 Abs. III Str.Pr.O. darf an dem Hauptverfahren d. h. an der Hauptverhandlung vor der Strafkammer namentlich der Richter, welcher Bericht über den Antrag der Staatsanwaltschaft auf Eröffnung des Hauptverfahrens erstattet hatte — der sog. Berichterstatter —, nicht teilnehmen. Diese Vorschrift will den Richter, der sich mit den Ergebnissen des bisherigen Verfahrens vertraut gemacht hat, von der Hauptverhandlung fernhalten, die Unbefangenheit des Gerichts für die zukünftige Hauptverhandlung sichern und verhindern, daß das Gericht aus Mitgliedern zusammengesetzt ist, deren Mehrzahl den Angeklagten der Straftat, welche den Gegenstand des Eröffnungsbeschlusses bildet, bereits für hinreichend verdächtig erachtet hat. Hahns Materialien zur Str.P.O. Bd. II S. 1692 ff. Die Bestimmung in § 23 Abs. III, welche die Beschlüsse auf Eröffnung, Nichteröffnung oder Außerverfolgungsetzung und vorläufige Einstellung trifft, findet auch dann Anwendung, wenn der Beschluß des Landgerichts, durch welchen der Angeschuldigte außer Verfolgung gesetzt wurde, von dem Beschwerdegerichte aufgehoben und der Angeschuldigte zur Aburteilung an das Landgericht verwiesen worden ist. Sie darf aber, wie Beling in seinem Strafprozeßrechte S. 57 mit Recht bemerkt, nicht ausdehnend ausgelegt werden und gilt nur für die Strafkammer, gleichviel ob diese als Berufungsgericht oder in erster Instanz entscheidet. Wie ist es nun, wenn nach § 270 Str.P.O. ein Beschluß in Mitte liegt, die Strafkammer in einer überweisungsfähigen Sache den Angeklagten vor das Schöffengericht verwiesen, dieses sich aber nach durchgeführter Beweisaufnahme für unzuständig erklärt und den Angeklagten an die Strafkammer zurückverwiesen hat? Wirkt dann § 23 Abs. III ebenfalls noch und ist der Berichterstatter in der Ueberweisungssache von der Teilnahme an der Hauptverhandlung vor der Strafkammer ausgeschlossen? In der mir zugänglichen strafprozessualen Literatur finde ich den Fall nicht erwähnt. Das Urteil des II. Strafsenates des Reichsgerichts vom 11. Mai 1894, abgedruckt in Goltdammers Archiv Bd. 42 S. 132, trifft einen andern Fall. Der schöffengerichtliche Beschluß hat nach § 270 Abs. II. Str.P.O. die Wirkung eines das Hauptverfahren eröffnenden Beschlusses, bindet die Strafkammer und schließt eine Zurückverweisung aus. Er tritt an Stelle des Ueberweisungsbeschlusses und wird an dessen Stelle in der Hauptverhandlung vor dem höheren Gerichte verlesen. Der erste Eröffnungsbeschluß wird prozeßrechtlich gegenstandslos. Man könnte daher versucht sein, die Anwendbarkeit des § 23 Abs. III auszuschalten und zu sagen, der schöffengerichtliche Beschluß bringe einen neuen Prozeßstoff an die Strafkammer, welche nur auf Grund dieses Beschlusses tätig werde, so daß der Berichterstatter für den Ueberweisungsbeschluß in der Hauptverhandlung vor der Strafkammer sitzen könne, da er ja an dem schöffengerichtlichen Eröffnungsbeschluß nicht mitgewirkt habe. Gegen diese rein formalen, prozeßrechtlichen Erwägungen möchte ich aber Bedenken nicht verhehlen. Noch bedenklicher wird die Sache, wenn der Strafkammerbeschluß irrtümlicherweise ein überweisungsfähiges Reat angenommen und das Schöffengericht nach kurzer Verhandlung, ohne die Beweisaufnahme durchgeführt zu haben, Beschluß nach § 270 erlassen hat. Läßt man ausschließlich den Sinn und Zweck des § 23 Abs. III entscheiden, — ob diese Statuierung der Unvereinbarkeit richterlicher Funktionen notwendig und gerechtfertigt war, ist hier nicht weiter zu erörtern —, dann muß man auch den Berichterstatter im Falle des § 270 von der Teilnahme an der Hauptverhandlung vor der Strafkammer ausschließen. Denn die Tat und das Prozeßverhältnis bleiben die gleichen und der Berichterstatter hat sich in diesem Prozeßverhältnis bereits einmal über die Eröffnung des Hauptverfahrens schlüssig gemacht und hierüber Bericht erstattet.

*Landgerichtsrat Karl Meyer in München.*

---

# Aus der Praxis der Gerichte.

## Reichsgericht.

### I.

**Zu § 1166 BGB. Dieser Paragraph schützt auch den persönlichen Schuldner, der vom Rechtsvorgänger des Eigentümers Ersatz verlangen kann und zwar auch dann, wenn der Gläubiger der Zwangsversteigerung nur beigetreten ist. Ein Schaden für den persönlichen Schuldner ist in der Regel nicht entstanden, wenn ein preiswertes Meistgebot die Hypothek nicht deckte.**

Gründe: Es ist zuzugeben, daß der Rechtsvorgänger des Eigentümers in § 1166 nicht ausdrücklich, wie es in § 1164 des BGB. der Fall ist, erwähnt wird, es ist aber bereits in der Rechtslehre darauf hingewiesen (vgl. Plancks Komment. Bd. 3 S. 561 lit. b und Turnau-Förster Bd. 1 S. 757 Nr. 5) und — soviel zu ersehen — bisher nicht bestritten worden, daß ein innerer Grund nicht vorliegt, der es rechtfertigen könnte, die Anwendung des § 1166 dann auszuschließen, wenn der persönliche Schuldner zwar nicht vom Eigentümer, wohl aber von einem Rechtsvorgänger des Eigentümers Ersatz verlangen kann. Ebenso richtig ist es, wenn der Berufungsrichter angenommen hat, daß die weitere Voraussetzung des § 1166, die in ihm mit den Worten aufgestellt ist: „Wenn der Gläubiger die Zwangsversteigerung des Grundstücks betreibt" auf die Klägerin zutrifft. Denn die Klägerin ist der Subhastation, die auf Antrag eines andern Gläubigers angeordnet war, beigetreten und ist damit auch im Sinne des § 1166 eine die Zwangsversteigerung betreibende Gläubigerin geworden. — Wenn ferner der Berufungsrichter tatsächlich feststellt, daß das Grundstück zur Zeit der Versteigerung nicht mehr als 15 000 Mk., wofür es zugeschlagen wurde, wert war, so kann die Revision hiergegen nichts ausrichten. Daß die Klägerin oder die Beklagten oder sonst jemand über den Wert des Grundstücks hinaus geboten haben würden, ist nicht anzunehmen. Gerade dies aber ist die Erwägung, welcher der § 1166 seine Aufnahme ins Gesetz verdankt, daß es dem persönlichen Schuldner ermöglicht werden sollte, durch eignes Mitbieten oder Veranlassen andrer zum Mitbieten einen Zuschlag des Grundstücks unter seinem Wert zu verhüten. Regelmäßig ist daher ein Schaden für ihn nicht entstanden, wenn das Grundstück nicht unter seinem Werte zugeschlagen worden ist, denn hätte er über den Wert hinaus geboten und so den Zuschlag erlangt, so wäre für ihn der Schaden derselbe. Es sind freilich Umstände denkbar, unter denen auch ein preiswerter Zuschlag den persönlichen Gläubiger schädigt, aber die Revision hat solche nicht nachzuweisen vermocht. Urt. des R.G. V 168/04 v. 2. November 1904. —r.

II.

**Zu § 1004 BGB.** Menschliche Tätigkeit oder Unterlassung wird zwar immer bei der Störung vorausgesetzt, sie kann aber auch nur eine mittelbare, z. B. das Wirken von Naturkräften ermöglichende sein. — Das Urteil auf Wiederherstellung des früheren Zustandes kann unter Umständen bestimmte Maßregeln vorschreiben.

Gründe: Allerdings kann nicht ohne weiteres in jeder durch Naturgewalt herbeigeführten schädlichen Einwirkung von einem Grundstück auf ein anderes ein von dem Eigentümer des ersten Grundstücks oder sonst jemand zu vertretender Eingriff in fremdes Eigentum gefunden werden, vielmehr ist dazu erforderlich, daß der Vorgang ihm zuzurechnen, auf seine Handlung oder Unterlassung zurückzuführen ist. Diese Voraussetzung ist aber gegeben, wenn menschliche Tätigkeit erst die schädliche Wirkung der Naturereignisse ermöglicht hat, und das ist hier der Fall gewesen, wo erst die Anschüttung der großen Sandmassen durch den Beklagten deren Abspülung (und Einschwemmung in den Mühlenteich des Klägers) zur — sogar notwendigen — Folge gehabt hat. Daß der Beklagte damals noch nicht Eigentümer der Grundfläche, worauf er die Sandkegel aufschüttete, war, wie die Revision wieder hervorhebt, tut nichts zur Sache, da auch der Nichteigentümer kein Recht hat, von einem bestimmten Grundstück aus fremdes Eigentum zu stören. Ebensowenig schließt der Umstand die Eigentumsstörung aus, daß die abgeschwemmten Sandmassen zunächst in einen dem Kläger nicht gehörigen Wasserlauf gelangt sind; dieser hat sie in die Gewässer des Klägers weitergespült und das war vom Revisionskläger veranlaßt. Wenn endlich statt einer allgemeinen Verurteilung zur Beseitigung der Beeinträchtigung, also zur Wiederherstellung der Betriebsfähigkeit des Mühlenteiches in dem früheren Zustande, die Verurteilung dahin ergangen ist, daß diese Wiederherstellung durch Herausschaffung der eingeschwemmten Massen bis zu 4000 cbm erfolgen solle, so enthält dies offensichtlich eine dem Beklagten günstige Einschränkung seiner Verpflichtung, indem er sich mit einer geringeren Herausschaffung begnügen darf, wenn schon sie die frühere Betriebsfähigkeit wiederherstellt, und er auf keinen Fall mehr als 4000 cbm herauszuschaffen braucht. Urt. des R.G.s V 193/04 v. 17. Novbr. 1904. —r.

## Bayer. Oberstes Landesgericht.

### A. Civilsachen.

I.

**Sicherungshypothek des Brauers an dem Grundstück des Wirtes, auf welchem er sein Geschäft betreibt. (Art. 14 des Ausf.G. z. BGB.).** Das Anwesen eines Wirtes besteht aus Pl.Nr. 2199½ Wohnhaus, Stallung, Remise, Sommerhaus, Hofraum, dann Pl.Nr. 2199, 2203, 2227, 3322 Wiesen und Waldung. Die Grundstücke sind im Hypothekenbuche auf einem Blatte vorgetragen und waren zur Zeit der Stellung des Antrages auf Eintragung einer Vormerkung für eine Biergeldsforderung des Brauers einheitlich mit Hypotheken belastet. Das Hypothekenamt gab dem Antrag durch Vormerkung einer Hypothek auf Pl.Nr. 2199½ statt, lehnte ihn aber bezüglich der übrigen Pl.Nrn. ab, weil der Brauer nur die Belastung des Grundstückes, auf dem der Wirt sein Geschäft betreibt, verlangen könne, und die Ausdehnung der Belastung auf andere Grundstücke des Wirtes den nicht erbrachten Nachweis voraussetze, daß der Wert des ersteren Grundstücks zur Sicherung der Forderung nicht ausreiche. Die Beschwerde hatte keinen Erfolg. Das Oberste Landesgericht hob die Entscheidungen der Vorinstanzen auf aus folgenden Gründen: Die Ansicht, daß in Art. 14 unter dem „Grundstück“ nicht eine Vereinigung mehrerer Grundparzellen zu einem einheitlichen Ganzen verstanden werden könne, ist irrig. Das Ausf.G. schließt sich im Sprachgebrauch an das BGB. an. Es versteht insbesondere unter einem „Grundstück“ ein Grundstück im Sinne des BGB. Eine Mehrheit von Grundparzellen, die gemäß § 890 BGB. vereinigt sind, gilt auch für die Vorschriften des Ausf.G. als ein einheitliches Grundstück. Im Bereiche des Hypothekenrechts kennt schon das bisherige Liegenschaftsrecht eine Vereinigung mehrerer Grundparzellen zu einem einheitlichen Grundstücke, die dadurch erfolgt, daß die Grundparzellen mit dem Willen des Eigentümers als Bestandteile eines einheitlichen Hypothekengegenstandes auf demselben Blatte des Hypothekenbuchs eingetragen werden. (§ 120 Hyp.G., § 12 der Instr. v. 13. März 1823. Neue S. I Nr. 49 S. 226.) Beschl. I C.S. Reg. III 62/1904 vom 3. Sept. 1904.

Mitgeteilt von E. Yblagger, Rat am Obersten Landesgerichte.

II.

**Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes zur Ausschlagung einer den Mündeln angefallenen Erbschaft durch den Vormund. § 1822 Nr. 2 des BGB.** Für die Erteilung der Genehmigung ist eine besondere Form nicht vorgeschrieben, insbesondere ein schriftlicher mit Gründen versehener Beschluß nicht erforderlich. Es enthält aber nicht jede Aeußerung des Vormundschaftsgerichts, die dem Vormunde die Vornahme eines der Genehmigung bedürftigen Rechtsgeschäftes empfiehlt, die Genehmigung. Die Empfehlung kann in dem Sinne erfolgen, daß der Vormund vorerst das Rechtsgeschäft vornehmen soll und der Vormundschaftsrichter ihm die Genehmigung in Aussicht stellt, aber noch nicht erteilt. Eine in diesem Sinne gegebene Zustimmung zu dem Rechtsgeschäft ergänzt die Vertretungsmacht des Vormundes nicht; das auf Grund einer solchen Zustimmung vorgenommene Rechtsgeschäft ist ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes vorgenommen. In Anwendung dieses Grundsatzes erklärte das Oberste Landesgericht die von den Vorinstanzen nach Maßgabe des Inhaltes der Vormundschaftsakten getroffene Feststellung als gerechtfertigt, daß das Vormundschaftsgericht nur eine vorläufige Zustimmung zu der Ausschlagung einer den Mündeln angefallenen Erbschaft durch den Vormund gegeben, aber nicht die Vertretungsmacht des Vormundes durch Erteilung der Genehmigung ergänzt hat, und deshalb die Entscheidung für zutreffend, daß die von dem Vormunde erklärte Ausschlagung nach § 1831 des BGB. unwirksam sei, die Erbschaft also nach § 1943 daselbst seit dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist als von den Mündeln angenommen gelte. Beschl. I C.S. Reg. III 64/1904 vom 29. Sept. 1904.

Mitgeteilt von E. Yblagger, Rat am Obersten Landesgerichte.

### B. Strafsachen.

I.

**Urteil vom 8. Oktober 1904.** Nach Art. 127 Abs. 2 des bayer. Polizeistrafgesetzbuches ist nur die Ueberschreitung der den Hebammen eingeräumten Befugnisse, nicht auch die Vernachlässigung der ihnen durch Verordnung oder Ministerialvorschrift auferlegten Berufspflichten strafbar.

II.

**Urteil vom 11. Oktober 1904.** Unter „Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten“ im Sinne des § 35 Abs. 3 der Reichsgewerbeordnung ist nur die Wahrnehmung und Verfolgung von Ansprüchen und Rechten zu verstehen, nicht auch die

Vermittlung von Verträgen, abgesehen von gewissen Arten (Immobiliarverträge, Darlehensverträge, Heiratsverträge). „Immobiliarverträge“ im Sinne der gleichen Bestimmung sind Verträge, welche das Immobile d. i. das Grundstück, gleichviel ob es überbaut ist oder nicht, unmittelbar zum Gegenstande haben; gleichgültig ist, ob sie dinglicher Natur sind, namentlich das Eigentum selbst betreffen, oder nur obligatorische Rechte in bezug auf das Grundstück schaffen. Demgemäß gehören auch die Verträge über Häuservermietung zu den Immobiliarverträgen. Eine „Vermittlung“ von Immobiliarverträgen setzt eine Tätigkeit voraus, welche auf Abschluß eines Vertrags nach beiden Seiten gerichtet ist, beide Vertragsteile einander zuzuführen und näher zu bringen und zwischen ihnen zu vermitteln sucht. Vgl. Urt. des Reichsgerichts vom 2. Mai 1903, Entsch. Bd. 36 S. 223, bezüglich der Stellenvermittlung. Wer sich lediglich mit dem Nachweise von Wohnungen gewerbsmäßig befaßt, unterliegt nicht den Vorschriften der §§ 35 und 38 der Reichsgewerbeordnung. [Anmerkung des Mitteilers. Diese Einschränkung des Begriffs der Vermittlung steht mit der bayerischen Verwaltungspraxis nicht im Einklange, die bisher daran festgehalten hat, daß auch sog. Annoncenbureaus, welche sich mit dem Nachweise offener Stellen befassen, den Vorschriften des § 34 der Reichsgewerbeordnung und der Ministerialbekanntmachung vom 29. Mai 1901 unterliegen, wofern sie die Beteiligten, sei es auch nur den einen Vertragsteil, bei ihren Bestrebungen unterstützen. Den Bedürfnissen derjenigen Kreise, deren Schutz die gesetzlichen Bestimmungen bezwecken, dürfte diese Praxis in wirksamerer Weise Rechnung tragen.]

III.

**Urteil vom 18. Oktober 1904.** [Amtsblatt des Staatsministeriums des Innern 1904 S. 508.] Nach § 2 Nr. 2 des Weingesetzes vom 24. Mai 1901 gilt ein Verschnitt nur dann nicht als Verfälschung, wenn Wein mit Wein gemischt wird; die sog. Rückverbesserung der überstreckten Weine ist verboten. Nach § 18 Abs. 2 desselben Gesetzes kann in den Fällen des § 16 Nr. 4 auf Einziehung auch dann selbständig erkannt werden, wenn die Verfolgung oder Verurteilung durch Verjährung ausgeschlossen ist. Die Bestimmung des § 18 Abs. 1, daß die Einziehung zulässig ist ohne Unterschied, ob das Getränke dem Verurteilten (welchem der wegen Verjährung nicht zu Verfolgende gleichzustellen ist) gehört oder nicht, bezieht sich auch auf die Fälle des § 16 Nr. 2 und 4.

IV.

**Urteil vom 20. Oktober 1904.** Der § 92 der Würzburger ortspolizeilichen Vorschriften vom 14. Februar 1890 („die Besitzer gewerblicher Anlagen, welche bei ihrem Geschäftsbetrieb durch starken Rauch, Staub, Dampf oder sonstige üble Gerüche die Luft usw. in einer in erheblichem Grade belästigenden Weise verunreinigen, sind gehalten, auf Auffordern der Polizeibehörde diejenigen Vorkehrungen zu treffen, welche zur Beseitigung oder Verminderung dieser Verunreinigung dienen“) enthält eine auf Grund des Art. 94 des Polizeistrafgesetzbuchs — wenn auch nur für bestimmte Berufskreise — geltende allgemeine Bestimmung, welche in zulässiger Weise den Erlaß besonderer, an einzelne Personen zu richtender Anordnungen vorsieht. (Blankettgesetz). Ob die im konkreten Falle betätigte Art des Geschäftsbetriebs geeignet war, in einer die Gesundheit gefährdenden Weise üble Gerüche zu verbreiten, hat der Richter nicht zu prüfen.

V.

**Urteil vom 22. Oktober 1904.** [Amtsblatt des Staatsministeriums des Innern 1904 S. 516.] Der Ausdruck „Herstellung im Großen“ in der zu § 114 a der Reichsgewerbeordnung erlassenen Bundesratsbekanntmachung vom 9. Dezember 1902, betr. die Einführung von Lohnbüchern für die Kleider- und Wäschekonfektion, wie auch in der Kaiserlichen Verordnung vom 31. Mai 1897 (R.G.Bl. S. 459) ist gleichbedeutend mit „Massenherstellung“ und begreift eine nur gelegentlich erfolgende Anfertigung von Konfektionswaren nicht in sich.

VI.

**Urteil vom 22. Oktober 1904.** Die Landesgesetzgebung ist weder durch das Reichsstrafgesetzbuch noch durch § 763 BGB. noch durch die Reichsgewerbeordnung § 6 ꝛc. gehindert, das Spielen in einer von dem betreffenden Bundesstaate nicht zugelassenen, wenn schon von einem anderen Bundesstaate genehmigten Lotterie und den Vertrieb von Losen einer solchen Lotterie unter Strafe zu stellen, wie dies durch Art. 57 a des Bayer. P.Str.G.B. geschieht. Es verstößt auch nicht gegen Art. 3 oder Art. 33 der Reichsverfassung, wenn die bayerische Regierung die Zulassung einer Lotterie von Bedingungen abhängig macht oder auf eine bestimmte Anzahl von Losen mit der Maßgabe beschränkt, daß nur die von einer bestimmten bayerischen Behörde abgestempelten Lose zugelassen sein sollen und daß beim Anbieten der Lose in Bayern nur bayerische Bezugsquellen genannt werden dürfen. [Anmerkung des Mitteilers. Vom Standpunkte des geltenden Rechts ist nichts einzuwenden. Die Beseitigung des wegen der unsäglichen Verwirrung des Rechtsbewußtseins zu beklagenden Lotterie-Partikularismus müßte von Reichs wegen erfolgen.] Mitgeteilt von Oberregierungsrat Dr. Englert.

## Oberlandesgericht München.

**Besitzveränderungsgebühr bei Vermächtnissen.** M. hatte der A. ein Anwesen vermächtnisweise zugewendet. Zwischen den Erben und der A. entstand Streit, wer im Verhältnis unter ihnen die Besitzveränderungsgebühr zu tragen habe. A. erhob Klage auf Feststellung, daß die Erben der Klägerin gegenüber verpflichtet seien, die infolge des vermächtnisweisen Ueberganges des Anwesens auf die Klägerin anfallenden staatlichen und gemeindlichen Besitzveränderungsgebühren zu zahlen. Die Begründung ging dahin, durch § 2174 BGB. werde für den Bedachten das Recht begründet, von dem Beschwerten die Leistung des vermachten Gegenstandes zu fordern. Danach hätten die Erben alles aufzuwenden, was erforderlich sei, um die Leistung zu bewirken; dazu gehöre auch die Tragung der auf die Verschaffung des Vermächtnisses erwachsenden Kosten (Motive Bd. V S. 193). Zudem ergebe sich diese Verpflichtung daraus, daß die Uebertragung des Eigentums an dem vermachten Objekte geschuldet sei. Dazu sei die Besitztitelberichtigung auf die Vermächtnisnehmerin erforderlich; letztere könne aber gemäß Art. 289 Geb.G. erst nach Bereinigung der Besitzveränderungsgebühr erfolgen. Mit Urteil vom 6. Juli 1904 wies das Landgericht München I die Klage ab. Die gegen dieses Urteil eingelegte Berufung wurde durch Urteil des Kgl. Oberlandesgerichtes München vom 12. November 1904 verworfen.[1]) Die Gründe führen aus, daß aus dem Testamente sich ein Anhaltspunkt für den mutmaßlichen Willen des Erblassers nicht ergebe, und fahren fort: „Da somit zur streitigen Frage weder eine ausdrückliche noch stillschweigende Anordnung des Erblassers festgestellt werden kann, ist zu prüfen, wie die Frage nach den gesetzlichen Bestimmungen zu entscheiden ist. Der von der Klags-

[1]) Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig. Wegen seiner besonderen Wichtigkeit für die Praxis glaubten wir es unseren Lesern gleichwohl nicht vorenthalten zu sollen.

II.

**Zu § 1004 BGB.** Menschliche Tätigkeit oder Unterlassung wird zwar immer bei der Störung vorausgesetzt, sie kann aber auch nur eine mittelbare, z. B. das Wirken von Naturkräften ermöglichende sein. — Das Urteil auf Wiederherstellung des früheren Zustandes kann unter Umständen bestimmte Maßregeln vorschreiben.

Gründe: Allerdings kann nicht ohne weiteres in jeder durch Naturgewalt herbeigeführten schädlichen Einwirkung von einem Grundstück auf ein anderes ein von dem Eigentümer des ersten Grundstücks oder sonst jemand zu vertretender Eingriff in fremdes Eigentum gefunden werden, vielmehr ist dazu erforderlich, daß der Vorgang ihm zuzurechnen, auf seine Handlung oder Unterlassung zurückzuführen ist. Diese Voraussetzung ist aber gegeben, wenn menschliche Tätigkeit erst die schädliche Wirkung der Naturereignisse ermöglicht hat, und das ist hier der Fall gewesen, wo erst die Anschüttung der großen Sandmassen durch den Beklagten deren Abspülung (und Einschwemmung in den Mühlenteich des Klägers) zur — sogar notwendigen — Folge gehabt hat. Daß der Beklagte damals noch nicht Eigentümer der Grundfläche, worauf er die Sandkegel aufschüttete, war, wie die Revision wieder hervorhebt, tut nichts zur Sache, da auch der Nichteigentümer kein Recht hat, von einem bestimmten Grundstück aus fremdes Eigentum zu stören. Ebensowenig schließt der Umstand die Eigentumsstörung aus, daß die abgeschwemmten Sandmassen zunächst in einen dem Kläger nicht gehörigen Wasserlauf gelangt sind; dieser hat sie in die Gewässer des Klägers weitergespült und das war vom Revisionskläger veranlaßt. Wenn endlich statt einer allgemeinen Verurteilung zur Beseitigung der Beeinträchtigung, also zur Wiederherstellung der Betriebsfähigkeit des Mühlenteiches in dem früheren Zustande, die Verurteilung dahin ergangen ist, daß diese Wiederherstellung durch Herausschaffung der eingeschwemmten Massen bis zu 4000 cbm erfolgen solle, so enthält dies offensichtlich eine dem Beklagten günstige Einschränkung seiner Verpflichtung, indem er sich mit einer geringeren Herausschaffung begnügen darf, wenn schon sie die frühere Betriebsfähigkeit wiederherstellt, und er auf keinen Fall mehr als 4000 cbm herauszuschaffen braucht. Urt. des R.G.s V 193/04 v. 17. Novbr. 1904. --r.

## Bayer. Oberstes Landesgericht.

### A. Civilsachen.

I.

**Sicherungshypothek des Brauers an dem Grundstück des Wirtes, auf welchem er sein Geschäft betreibt. (Art. 14 des Ausf.G. z. BGB.).** Das Anwesen eines Wirtes besteht aus Pl.Nr. 2199½ Wohnhaus, Stallung, Remise, Sommerhaus, Hofraum, dann Pl.Nr. 2199, 2203, 2227, 3322 Wiesen und Waldung. Die Grundstücke sind im Hypothekenbuche auf einem Blatte vorgetragen und waren zur Zeit der Stellung des Antrages auf Eintragung einer Vormerkung für eine Biergeldforderung des Brauers einheitlich mit Hypotheken belastet. Das Hypothekenamt gab dem Antrag durch Vormerkung einer Hypothek auf Pl.Nr. 2199½ statt, lehnte ihn aber bezüglich der übrigen Pl.Nrn. ab, weil der Brauer nur die Belastung des Grundstückes, auf dem der Wirt sein Geschäft betreibt, verlangen könne, und die Ausdehnung der Belastung auf andere Grundstücke des Wirtes den nicht erbrachten Nachweis voraussetze, daß der Wert des ersteren Grundstücks zur Sicherung der Forderung nicht ausreiche. Die Beschwerde hatte keinen Erfolg. Das Oberste Landesgericht hob die Entscheidungen der Vorinstanzen auf aus folgenden Gründen: Die Ansicht, daß in Art. 14 unter dem „Grundstück" nicht eine Vereinigung mehrerer Grundparzellen zu einem einheitlichen Ganzen verstanden werden könne, ist irrig. Das Ausf.G. schließt sich im Sprachgebrauch an das BGB. an. Es versteht insbesondere unter einem „Grundstück" ein Grundstück im Sinne des BGB. Eine Mehrheit von Grundparzellen, die gemäß § 890 BGB. vereinigt sind, gilt auch für die Vorschriften des Ausf.G. als ein einheitliches Grundstück. Im Bereiche des Hypothekenrechts kennt schon das bisherige Liegenschaftsrecht eine Vereinigung mehrerer Grundparzellen zu einem einheitlichen Grundstücke, die dadurch erfolgt, daß die Grundparzellen mit dem Willen des Eigentümers als Bestandteile eines einheitlichen Hypothekengegenstandes auf demselben Blatte des Hypothekenbuchs eingetragen werden. (§ 120 Hyp.G., § 12 der Instr. v. 13. März 1823. Neue S. I Nr. 49 S. 226.) Beschl. I C.S. Reg. III 62/1904 vom 3. Sept. 1904.

Mitgeteilt von E. Ablagger, Rat am Obersten Landesgerichte.

II.

**Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes zur Ausschlagung einer den Mündeln angefallenen Erbschaft durch den Vormund. § 1822 Nr. 2 des BGB.** Für die Erteilung der Genehmigung ist eine besondere Form nicht vorgeschrieben, insbesondere ein schriftlicher mit Gründen versehener Beschluß nicht erforderlich. Es enthält aber nicht jede Aeußerung des Vormundschaftsgerichts, die dem Vormunde die Vornahme eines der Genehmigung bedürftigen Rechtsgeschäftes empfiehlt, die Genehmigung. Die Empfehlung kann in dem Sinne erfolgen, daß der Vormund vorerst das Rechtsgeschäft vornehmen soll und der Vormundschaftsrichter ihm die Genehmigung in Aussicht stellt, aber noch nicht erteilt. Eine in diesem Sinne gegebene Zustimmung zu dem Rechtsgeschäft ergänzt die Vertretungsmacht des Vormundes nicht; das auf Grund einer solchen Zustimmung vorgenommene Rechtsgeschäft ist ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes vorgenommen. In Anwendung dieses Grundsatzes erklärte das Oberste Landesgericht die von den Vorinstanzen nach Maßgabe des Inhaltes der Vormundschaftsakten getroffene Feststellung als gerechtfertigt, daß das Vormundschaftsgericht nur eine vorläufige Zustimmung zu der Ausschlagung einer den Mündeln angefallenen Erbschaft durch den Vormund gegeben, aber nicht die Vertretungsmacht des Vormundes durch Erteilung der Genehmigung ergänzt hat, und deshalb die Entscheidung für zutreffend, daß die von dem Vormunde erklärte Ausschlagung nach § 1831 des BGB. unwirksam sei, die Erbschaft also nach § 1943 daselbst seit dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist als von den Mündeln angenommen gelte. Beschl. I C.S. Reg. III 64/1904 vom 29. Sept. 1904.

Mitgeteilt von E. Ablagger, Rat am Obersten Landesgerichte.

### B. Strafsachen.

I.

**Urteil vom 8. Oktober 1904.** Nach Art. 127 Abs. 2 des bayer. Polizeistrafgesetzbuches ist nur die Ueberschreitung der den Hebammen eingeräumten Befugnisse, nicht auch die Vernachlässigung der ihnen durch Verordnung oder Ministerialvorschrift auferlegten Berufspflichten strafbar.

II.

**Urteil vom 11. Oktober 1904.** Unter „Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten" im Sinne des § 35 Abs. 3 der Reichsgewerbeordnung ist nur die Wahrnehmung und Verfolgung von Ansprüchen und Rechten zu verstehen, nicht auch die

Vermittlung von Verträgen, abgesehen von gewissen Arten (Immobiliarverträge, Darlehensverträge, Heiratsverträge). „Immobiliarverträge" im Sinne der gleichen Bestimmung sind Verträge, welche das Immobile d. i. das Grundstück, gleichviel ob es überbaut ist oder nicht, unmittelbar zum Gegenstande haben; gleichgültig ist, ob sie dinglicher Natur sind, namentlich das Eigentum selbst betreffen, oder nur obligatorische Rechte in bezug auf das Grundstück schaffen. Demgemäß gehören auch die Verträge über Häuservermietung zu den Immobiliarverträgen. Eine „Vermittlung" von Immobiliarverträgen setzt eine Tätigkeit voraus, welche auf Abschluß eines Vertrags nach beiden Seiten gerichtet ist, beide Vertragsteile einander zuzuführen und näher zu bringen und zwischen ihnen zu vermitteln sucht. Vgl. Urt. des Reichsgerichts vom 2. Mai 1903, Entsch. Bd. 36 S. 223, bezüglich der Stellenvermittlung. Wer sich lediglich mit dem Nachweise von Wohnungen gewerbsmäßig befaßt, unterliegt nicht den Vorschriften der §§ 35 und 38 der Reichsgewerbeordnung. [Anmerkung des Mitteilers. Diese Einschränkung des Begriffs der Vermittlung steht mit der bayerischen Verwaltungspraxis nicht im Einklange, die bisher daran festgehalten hat, daß auch sog. Annoncenbureaus, welche sich mit dem Nachweise offener Stellen befassen, den Vorschriften des § 34 der Reichsgewerbeordnung und der Ministerialbekanntmachung vom 29. Mai 1901 unterliegen, wofern sie die Beteiligten, sei es auch nur den einen Vertragsteil, bei ihren Bestrebungen unterstützen. Den Bedürfnissen derjenigen Kreise, deren Schutz die gesetzlichen Bestimmungen bezwecken, dürfte diese Praxis in wirksamerer Weise Rechnung tragen.]

III.

**Urteil vom 18. Oktober 1904.** [Amtsblatt des Staatsministeriums des Innern 1904 S. 508.] Nach § 2 Nr. 2 des Weingesetzes vom 24. Mai 1901 gilt ein Verschnitt nur dann nicht als Verfälschung, wenn Wein mit Wein gemischt wird; die sog. Rückverbesserung der überstreckten Weine ist verboten. Nach § 18 Abs. 2 desselben Gesetzes kann in den Fällen des § 16 Nr. 4 auf Einziehung auch dann selbständig erkannt werden, wenn die Verfolgung oder Verurteilung durch Verjährung ausgeschlossen ist. Die Bestimmung des § 18 Abs. 1, daß die Einziehung zulässig ist ohne Unterschied, ob das Getränke dem Verurteilten (welchem der wegen Verjährung nicht zu Verfolgende gleichzustellen ist) gehört oder nicht, bezieht sich auch auf die Fälle des § 16 Nr. 2 und 4.

IV.

**Urteil vom 20. Oktober 1904.** Der § 92 der Würzburger ortspolizeilichen Vorschriften vom 14. Februar 1890 („die Besitzer gewerblicher Anlagen, welche bei ihrem Geschäftsbetrieb durch starken Rauch, Staub, Dampf oder sonstige üble Gerüche die Luft usw. in einer in erheblichem Grade belästigenden Weise verunreinigen, sind gehalten, auf Auffordern der Polizeibehörde diejenigen Vorkehrungen zu treffen, welche zur Beseitigung oder Verminderung dieser Verunreinigung dienen") enthält eine auf Grund des Art. 94 des Polizeistrafgesetzbuchs — wenn auch nur für bestimmte Berufskreise — geltende allgemeine Bestimmung, welche in zulässiger Weise den Erlaß besonderer, an einzelne Personen zu richtender Anordnungen vorsieht. (Blankettgesetz). Ob die im konkreten Falle betätigte Art des Geschäftsbetriebs geeignet war, in einer die Gesundheit gefährdenden Weise üble Gerüche zu verbreiten, hat der Richter nicht zu prüfen.

V.

**Urteil vom 22. Oktober 1904.** [Amtsblatt des Staatsministeriums des Innern 1904 S. 516.] Der Ausdruck „Herstellung im Großen" in der zu § 114 a der Reichsgewerbeordnung erlassenen Bundesratsbekanntmachung vom 9. Dezember 1902, betr. die Einführung von Lohnbüchern für die Kleider- und Wäschekonfektion, wie auch in der Kaiserlichen Verordnung vom 31. Mai 1897 (R.G.Bl. S. 459) ist gleichbedeutend mit „Massenherstellung" und begreift eine nur gelegentlich erfolgende Anfertigung von Konfektionswaren nicht in sich.

VI.

**Urteil vom 22. Oktober 1904.** Die Landesgesetzgebung ist weder durch das Reichsstrafgesetzbuch noch durch § 763 BGB. noch durch die Reichsgewerbeordnung § 6 ꝛc. gehindert, das Spielen in einer von dem betreffenden Bundesstaate nicht zugelassenen, wenn schon von einem anderen Bundesstaate genehmigten Lotterie und den Vertrieb von Losen einer solchen Lotterie unter Strafe zu stellen, wie dies durch Art. 57a des Bayer. P.Str.G.B. geschieht. Es verstößt auch nicht gegen Art. 3 oder Art. 33 der Reichsverfassung, wenn die bayerische Regierung die Zulassung einer Lotterie von Bedingungen abhängig macht oder auf eine bestimmte Anzahl von Losen mit der Maßgabe beschränkt, daß nur die von einer bestimmten bayerischen Behörde abgestempelten Lose zugelassen sein sollen und daß beim Anbieten der Lose in Bayern nur bayerische Bezugsquellen genannt werden dürfen. [Anmerkung des Mitteilers. Vom Standpunkte des geltenden Rechts ist nichts einzuwenden. Die Beseitigung des wegen der unsäglichen Verwirrung des Rechtsbewußtseins zu beklagenden Lotterie-Partikularismus müßte von Reichs wegen erfolgen.] Mitgeteilt von Oberregierungsrat Dr. Englert.

## Oberlandesgericht München.

**Besitzveränderungsgebühr bei Vermächtnissen.** M. hatte der A. ein Anwesen vermächtnisweise zugewendet. Zwischen den Erben und der A. entstand Streit, wer im Verhältnis unter ihnen die Besitzveränderungsgebühr zu tragen habe. A. erhob Klage auf Feststellung, daß die Erben der Klägerin gegenüber verpflichtet seien, die infolge des vermächtnisweisen Ueberganges des Anwesens auf die Klägerin anfallenden staatlichen und gemeindlichen Besitzveränderungsgebühren zu zahlen. Die Begründung ging dahin, durch § 2174 BGB. werde für den Bedachten das Recht begründet, von dem Beschwerten die Leistung des vermachten Gegenstandes zu fordern. Danach hätten die Erben alles aufzuwenden, was erforderlich sei, um die Leistung zu bewirken; dazu gehöre auch die Tragung der auf die Verschaffung des Vermächtnisses erwachsenden Kosten (Motive Bd. V S. 193). Zudem ergebe sich diese Verpflichtung daraus, daß die Uebertragung des Eigentums an dem vermachten Objekte geschuldet sei. Dazu sei die Besitztitelberichtigung auf die Vermächtnisnehmerin erforderlich; letztere könne aber gemäß Art. 289 Geb.G. erst nach Bereinigung der Besitzveränderungsgebühr erfolgen. Mit Urteil vom 6. Juli 1904 wies das Landgericht München I die Klage ab. Die gegen dieses Urteil eingelegte Berufung wurde durch Urteil des Kgl. Oberlandesgerichtes München vom 12. November 1904 verworfen.[1]) Die Gründe führen aus, daß aus dem Testamente sich ein Anhaltspunkt für den mutmaßlichen Willen des Erblassers nicht ergebe, und fahren fort: „Da somit zur streitigen Frage weder eine ausdrückliche noch stillschweigende Anordnung des Erblassers festgestellt werden kann, ist zu prüfen, wie die Frage nach den gesetzlichen Bestimmungen zu entscheiden ist. Der von der Klags-

[1]) Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig. Wegen seiner besonderen Wichtigkeit für die Praxis glauben wir es unseren Lesern gleichwohl nicht vorenthalten zu sollen.

partei angezogene § 2174 des BGB. begründet für Klägerin den Anspruch auf Leistung des vermachten Gegenstandes, wobei die Kosten der Entrichtung des Vermächtnisses, wenn auch nicht im Gesetze ausdrücklich bestimmt, doch nach den allgemeinen Vorschriften des Forderungsrechtes den Beschwerten treffen. Unbestritten haben Beklagte zu notarieller Urkunde die Ueberlassung des vermachten Anwesens an die Klägerin erklärt und letztere auch tatsächlich in den Besitz gesetzt. Wenn es in der Ueberschrift eines in den Bl. f. R.A. Bd. 45 S. 341 abgedruckten oberstgerichtlichen Erkenntnisses heißt, daß zur Tradition die Besitztitelberichtigung gehöre, so ergibt die Darstellung des Falles selbst, daß nicht gesagt sein wollte, der Verkäufer habe die Besitztitelberichtigung herbeizuführen oder wenigstens die hiezu nötigen Geldmittel zur Verfügung zu stellen, sondern daß er nur alles tun müsse, um aus dem Inhalt des Kaufvertrages selbst bestehende Hindernisse der Umschreibung zu beseitigen. Durch die Ueberlassungserklärung und die tatsächliche Inbesitzsetzung ist die Klägerin nach den, da das Grundbuch in Bayern für den hier in Betracht kommenden Bezirk noch nicht eingführt ist, hinsichtlich des Erwerbs von Grundstücken zur Anwendung kommenden Bestimmungen des alten Rechtes Eigentümerin des vermachten Gegenstandes geworden. Der zur Zeit noch fehlende Eintrag in II. Rubrik des Hypothekenbuchs ist nicht Voraussetzung des Eigentumserwerbes, sondern dieser Mangel hindert die Klägerin nur an Verfügungen, welche eine Einschreibung im Hypothekenbuche bedingen, im wesentlichen an der Verpfändung des Anwesens. Roth, b. Ziv.Recht Bd. II S. 406 Anm. 4. In der Geltendmachung aller übrigen aus dem Eigentum sich ergebenden Rechte ist die Klägerin nicht behindert. Es handelt sich somit streng genommen nicht um einen Mangel im Erwerbe, sondern um einen solchen in Ausübung des Eigentums, wenn auch nicht zu verkennen ist, daß das für den Inhalt des vermächtnisweise zu gewährenden Rechtes maßgebende BGB. in § 903 das Eigentumsrecht als die Macht, mit der Sache nach Belieben zu verfahren, erklärt. Die Beklagten, als mit dem Vermächtnis Beschwerte, haben sohin alles getan, was nach den zivilrechtlichen Normen zur Entrichtung nötig ist. Daß die Umschreibung im Hypothekenbuche von der Entrichtung einer Gebühr abhängig gemacht wird, ist eine finanzrechtliche Anordnung, deren Erfüllung von den Beklagten nur verlangt werden könnte, wenn sie selbst die Besitztitelberichtigung zu bewirken hätten oder zu ihr mitwirken müßten. Dies ist nicht der Fall. Die Klägerin kann auf Grund des Ueberlassungsvertrages jederzeit selbständig die Besitztitelberichtigung herbeiführen. Die hiefür zu entrichtenden Gebühren sind nicht, wie die Kosten der Notariatsurkunde, solche, die zur Uebertragung des Eigentums notwendig sind. Es besteht daher keine Verpflichtung der Beklagten, sie zu tragen. Die gegenteilige Auffassung der Berufung, welche sich lediglich auf die nicht weiter begründete Behauptung stützt, daß die Entrichtung des Vermächtnisses auch die Umschreibung des Grundstückes in den öffentlichen Büchern umfasse, kann jedenfalls nicht auf die Motive Bd. V S. 193 gestützt werden. Hier heißt es vielmehr ausdrücklich, daß der Frage, wer und was besteuert werden soll, vorzugreifen, dem bürgerlichen Rechte nicht zustehe. Dies dahin zu deuten, daß hiermit nur das Recht des Staates anerkannt werden wolle, ist wohl nicht angängig. Diese Anerkennung des Rechtes der Einzelstaaten oder des Reichs selbst ist selbstverständlich und bedurfte keiner besonderen Hervorhebung. Dagegen wäre, wenn das bürgerliche Recht gewollt hätte, daß eine auf den Besitzübergang gelegte Steuer im Verhältnisse zwischen den hierbei beteiligten Personen anders als dem Staate gegenüber behandelt werden solle, eine bezügliche Bestimmung veranlaßt gewesen. Nach den Motiven ist aber von einer solchen absichtlich Umgang genommen worden und daher anzunehmen, daß es bei den öffentlich-rechtlichen Bestimmungen auch im Verhältnisse zwischen den beteiligten Personen verbleiben solle. Zu einer abweichenden Bestimmung bestand auch aus inneren Gründen kein Anlaß. Steuern sind Leistungen an den Staat auf Grund Besitzes, wobei es gleichgültig ist, ob es sich bei letzterem um Sachen oder nutzbringend angewendete Arbeitskraft handelt. Sie liegen daher dem ob, der besitzt und nicht dem, der allenfalls im einzelnen Falle Besitz zu verschaffen hat und verschafft hat. Daß das bayerische Gebührengesetz von Gebühren und nicht von Steuern spricht, ist belanglos. Der Charakter der Leistung nach Art. 211/3 ist der gleiche, wie bei letzteren. Diese Gebühren haben jedenfalls steuerähnlichen Charakter. Abgesehen davon ist der Ausdruck „Steuern" in der angeführten Stelle der Motive nicht im engsten technischen Sinne zu nehmen, wozu schon die Erwägung führt, daß das BGB. für eine Reihe von Staaten bestimmt ist und die Unterscheidung zwischen Steuern und Gebühren nicht in allen die gleiche ist. Art. 211/3 des bayer. Geb.G. vom 18. August 1879 — die Fassung der Bekanntmachung vom 11. November 1899 kommt hierher bis zur Anlegung des Grundbuches nicht in Frage — bestimmt, daß bei jeder Besitzveränderung der neue Besitzer die Gebühr nach Art. 212/4 daselbst schulde. Besitzerin ist unbestritten die Klägerin, weshalb ihr auch die Berichtigung dieser Gebühr obliegt. Die angefochtene Entscheidung ist daher begründet und war die gegen sie eingelegte Berufung zurückzuweisen. K.

---

## Landgericht München I.

### I.

**Befugnis des Nachlaßgerichts zur materiellen Prüfung eines Ehevertrags.** Die Eheleute N. haben im Februar 1904 durch notariellen Ehevertrag allgemeine Gütergemeinschaft vereinbart. Der Ehemann N. wurde durch Beschluß vom 27. Mai 1904 wegen Geisteskrankheit entmündigt und starb am 31. Mai 1904 mit Hinterlassung seiner Ehefrau und dreier minderjähriger Kinder. Der Antrag der Witwe, ihr gemäß § 1507 B.G.B. ein Zeugnis über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft zu erteilen, wurde durch Beschluß des Amtsgerichts München I abgewiesen, weil auf Grund der Aussagen der vernommenen Zeugen und Sachverständigen feststehe, daß N. zur Zeit der Errichtung des Ehevertrags bereits geschäftsunfähig gewesen, der Ehevertrag daher nichtig sei und den Eintritt der allgemeinen Gütergemeinschaft nicht herbeigeführt habe. Gegen diesen Beschluß wurde seitens der Witwe N. Beschwerde zum K. Landgerichte München I eingelegt. Zur Begründung desselben wurde u. a. geltend gemacht, es sei unzulässig, daß das Nachlaßgericht darüber befinde, ob ein ihm vorgelegter Ehevertrag von den Vertragschließenden im Zustande geistiger Gesundheit abgefaßt sei und diesen Vertrag eventuell als nichtig erkläre. Das Nachlaßgericht habe lediglich die formale Ordnungsmäßigkeit eines solchen Vertrags zu prüfen; ergebe sich ein Zweifel darüber, ob der Vertrag rechtsgültig oder wegen Geisteskrankheit eines Kontrahenten nichtig sei, so sei dieser Streit im Prozeßwege, nicht im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit auszutragen. Das K. Landgericht München I hat mit Beschluß vom 22. August 1904 die Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen. Daß das Nachlaßgericht einen ihm zur Ausstellung des Zeugnisses nach § 1507 vorgelegten Erbvertrag nicht nur formell, sondern auch inhaltlich zu prüfen habe, ergebe sich aus den Motiven (Bd. V S. 560) und sei auch von den Kommentatoren anerkannt (vgl. Planck Erl. 1 zu § 2358, Erl. 3 zu § 2359, Staudinger Bem. zu §§ 2358—2360). Hieraus folge, daß das Nachlaßgericht, falls es überzeugt sei, daß die dem behaupteten Rechtsverhältnisse

zugrunde liegende Verfügung materiell ungültig sei, die Erteilung des Erbscheins oder des diesem gleichgestellten Zeugnisses über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft zu verweigern habe (§ 2359).

Mitgeteilt von Landgerichtsrat Dr. Engelmann in München.

II.

**Einziehung des Erbscheins auf Antrag des Erbschaftskäufers.** Der am 27. Januar 1903 verstorbene Privatierssohn Wilhelm A. wurde auf Grund Gesetzes von seiner Mutter, der Privatierswitwe Johanna A. zur Hälfte und von seinen 9 Geschwistern, darunter Adolf A. zur anderen Hälfte, also zu je $^1/_{18}$, beerbt. Die Erbschaft wurde von sämtlichen Erben angenommen. Am 23. März beantragte Johanna A. die Ausstellung eines gemeinschaftlichen Erbscheins; laut Urkunde vom 27. März 1903 verkaufte sie die ihr zugefallene Erbschaft an ihren Sohn Adolf A. Das Nachlaßgericht bewilligte am 9. April 1903 die Erteilung eines Erbscheins des Inhalts, daß der Privatierssohn Wilhelm A. von seiner Mutter Johanna A. zur Hälfte und von seinen 9 Geschwistern (darunter Adolf A.) zu je $^1/_{18}$ beerbt worden sei. Adolf A. beantragte nunmehr Einziehung des erteilten Erbscheins als unrichtig und Ausstellung eines neuen Erbscheins, in welchem festgestellt sei, daß er zu $^{10}/_{18}$ Erbe seines Bruders Wilhelm A. geworden sei. Mit Beschluß vom 6. Mai 1903 wies das Nachlaßgericht diesen Antrag ab; die hiegegen von Adolf A. eingelegte Beschwerde wurde durch Beschluß des K. Landgerichts München I vom 4. Juni 1903 für begründet erklärt, im wesentlichen aus folgenden Erwägungen: Darüber, daß der Miterbe nach § 2033 BGB. im Gegensatze zum Alleinerben mit dinglicher Wirkung über seinen Anteil verfügen kann, besteht Einigkeit. Während nach Staudinger (Bem. V zu § 2353) die auf Grund des § 2033 erfolgte Uebertragung eines Erbteils auch im Erbscheine Berücksichtigung finden kann, da der Erwerber so anzusehen ist, als ob er den Erbteil vom Erblasser geerbt hätte, ist Planck (Erl. 3, a zu § 2353) der Anschauung, daß der Erwerber eines solchen Erbteils die Erteilung eines auf seinen Namen lautenden Erbscheins beantragen könne (vgl. auch Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 6 S. 316, Centralbl. Bd. 2 S. 118 Nr. 32, S. 148 Nr. 37, Bd. 1 S. 1000 Nr. 671 b). Gegen die vom Erstrichter vertretene Anschauung, wonach der Erbschein nur einer kraft Gesetzes oder letztwilliger Verfügung berufenen Person zu erteilen sei, sprechen die bei strikter Durchführung dieses Grundsatzes sich ergebenden Folgerungen. Zweck des Erbscheins ist, die Erbberechtigten festzustellen; der Erbschein begründet für den darin Aufgeführten auch nach außenhin die Vermutung, daß er Erbe sei; wer von ihm gutgläubig erwirbt, ist durch den Erbschein geschützt (§§ 2365, 2366). Deshalb ist auch nach § 2361 der erteilte Erbschein einzuziehen, wenn sich ergibt, daß er unrichtig ist. Als unrichtig erscheint aber der Erbschein, sobald das Nachlaßgericht zur Feststellung gelangt ist, daß das im Erbscheine bezeugte Erbrecht (wenn auch infolge der erst in der Zwischenzeit eingetretenen Umstände) nicht mehr als nachgewiesen zu erachten ist (Staudinger Bem. 1 zu § 2361). Da der Johanna A. zur Zeit ein Erbrecht nicht mehr zusteht, ist der Erbschein vom 9. April 1903 unrichtig. Diese Unrichtigkeit kann auf zweierlei Weise behoben werden, nämlich dadurch, daß im Erbscheine konstatiert wird, daß der Erbteil der Johanna A. durch Kauf auf ihren Sohn Adolf A. übergegangen ist, (so Staudinger a. a. O.), oder durch Ausstellung eines neuen Erbscheins, in welchem ohne Erwähnung der Johanna A. als Erbin das Erbrecht des Adolf A. auf $^{10}/_{18}$ festgesetzt wird. Da der erstere Weg den gesetzlichen Vorschriften über den Inhalt des Erbscheins widerspricht, bleibt nur die zweite Alternative übrig. Hieraus folgt, daß der Erbschaftskäufer, obwohl er weder gesetzlicher noch Testamentserbe ist, sondern nur durch Vertrag in die Rechte des Miterben eintritt, doch analog dem unmittelbaren Erben zu behandeln, als Erbe im Erbschein aufzuführen und zum Antrag auf Erteilung des Erbscheins legitimiert ist.

Mitgeteilt von Landgerichtsrat Dr. Engelmann in München.

## Aus der Praxis des bayer. Verwaltungsgerichtshofs.[1])

**Verträge über religiöse Kindererziehung.** Der Verwaltungsgerichtshof hat in einer Entscheidung vom 22. Juni 1904 (Sammlung Bd. 25 S. 384 ff.) ausgesprochen, daß vor dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 5. Mai 1890, die Formen einiger Rechtsgeschäfte betr., in den Landesteilen, in welchen für den Abschluß von Eheverträgen eine besondere Form nicht vorgeschrieben war, auch notariell verlautbarte Verträge über die religiöse Kindererziehung durch formlose Vertragsschließung der Ehegatten wieder abgeändert werden können. Die Entscheidung ist damit begründet, daß in den Landesteilen, in welchen vor dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 5. Mai 1890 eine besondere Form für den Abschluß von Eheverträgen nicht vorgeschrieben war, die notarielle Verlautbarung eines Vertrags über religiöse Kindererziehung lediglich eine die Begründung einer gewissen Oeffentlichkeit und die Sicherung des Beweises bezweckende Form des Vertragsabschlusses war, deren Beobachtung bei Abänderung eines bestehenden Ehevertrags in gleicher Weise wie bei der erstmaligen Eingehung des Vertrags und ohne Rücksicht auf die beim erstmaligen Vertragsschlusse gewählte Form von dem freien Belieben der Beteiligten abhängig war.

Mitgeteilt von Dr. Schanz, Hilfsarbeiter im K. Staatsministerium der Justiz.

## Aus den amtlichen Blättern.

**Reichsgesetzblatt:** Nr. 47 S. 440, Bek. v. 7. November 1904, betr. den intern. Verband zum Schutze des gewerbl. Eigentums (Beitritt der Republik Cuba zur Pariser Uebereinkunft v. 20. März 1883 usw.).

**Gesetz- und Verordnungsblatt:** Nr. 58 S. 563, K.A.V. vom 8. November 1904 zum Vollzug des Reichsg. vom 30. Juni 1900, betr. Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten. — Nr. 59 S. 567, K.A.V. vom 10. November 1904, betr. die Formation der Staatsministerien.

**Justizministerialblatt:** Nr. XIII S. 267, Bek. vom 10. November 1904, die Kosten der Rechtshilfe unter den Behörden verschiedener Bundesstaaten betr.

## Literatur.

**Schmitt, Gottfried,** Oberregierungsrat im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz. Bayerische Justizgesetze. Sammlung der in den Jahren 1818 bis 1904 erlassenen Landesgesetze für die Rechtspflege, nach dem Stande vom Ende des Jahres 1904. München 1905. J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). Gebd. Mk. 18.—.

Sich in den aus den verschiedensten Zeitaltern stammenden gleichsam schichtenartig übereinander gelagerten bayerischen Gesetzen rasch zurecht zu finden, gehört zu den unerläßlichsten aber auch schwierigsten Anforderungen für den bayerischen Juristen. Es ist zu beklagen, daß auf eine Uebung in dieser Hinsicht bei der Ausbildung der Rechtsbeflissenen, insbesondere auf der Universität, noch viel zu wenig Gewicht gelegt wird. Um so freudiger ist die Vollendung der hier vorliegenden, einen stattlichen Band von 1464 Seiten umfassenden Sammlung zu begrüßen. Sie wird dem jungen wie dem alten Juristen ein wertvolles Hilfsmittel bieten, wenn er bestrebt ist, dem geschilderten

[1]) Wir werden zeitweise auch über Entscheidungen des bayer. Verwaltungsgerichtshofs berichten, die auf das Interesse der Richter und Staatsanwälte rechnen können. Entscheidungen aus dem Gebiete der religiösen Kindererziehung werden insbesondere für die Vormundschaftsrichter von Bedeutung sein.

Mangel seiner Vorbildung für seine Person abzuhelfen. Sie ist nicht etwa nur eine bloße Kompilation: vielmehr ist der Zusammenhang der einzelnen Gesetze und ihre Entwicklung durch zahlreiche Fußnoten klar gelegt, die eine viel größere Fülle von Arbeit enthalten, als ihr äußerer Umfang ahnen läßt. Wie der Herausgeber im Vorwort hervorhebt, waren für die Art der Abfassung des Buchs zwar vorwiegend die Bedürfnisse der Rechtspflege maßgebend, aber die Sammlung enthält gleichwohl alle bayerischen Landesgesetze, nicht nur die Justizgesetze im engeren Sinne. Zu rühmen sind der schöne Druck und die gediegene Ausstattung. von der Pfordten.

**Kitzinger, Dr. Friedrich,** Privatdozent der Rechte an der Universität München. Die Internationale Kriminalistische Vereinigung. Betrachtungen über ihr Wesen und ihre bisherige Wirksamkeit. München 1905, C. H. Beck. Mk. 3.50.

Die Geschichte der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung ist die Geschichte der Reformbestrebungen auf dem Gebiete des Strafrechts in den letzten zwanzig Jahren. Am letzten Tage des Jahres 1888 trat sie ins Leben; sie zählte damals 75 Mitglieder, von denen 36 dem Deutschen Reiche angehörten. Ihr leitender Gedanke war, daß Verbrechen und Strafe ebensosehr vom soziologischen als vom juristischen Standpunkte aus ins Auge gefaßt werden müssen. Im Anschlusse daran wurde im ersten Programm eine Reihe von Einzelsätzen entwickelt, die sich als Anwendung des Grundgedankens auf bestimmte Fragen des Strafrechts darstellen; so wurde als Aufgabe der Strafe die Bekämpfung des Verbrechens als sozialer Erscheinung bezeichnet, eine strenge Unterscheidung zwischen Gelegenheitsverbrechern und Gewohnheitsverbrechern verlangt, die große Bedeutung der richtigen Durchführung des Strafvollzugs hervorgehoben und die Trennung von Strafrechtspflege und Strafvollzug als irrig verworfen, der Ersatz kurzzeitiger Freiheitsstrafen durch andere Strafen, die Besserung der Lebensverhältnisse in den Gefängnissen, die Berücksichtigung der Führung des Verurteilten während der Strafzeit bei der Bemessung der Dauer der Strafe angestrebt, die Beseitigung der als unverbesserlich erkannten Verbrecher aus der menschlichen Gesellschaft als Notwendigkeit vertreten. Mit der herrschenden Auffassung, die den Vergeltungsgedanken in die Mitte aller strafrechtlichen Betrachtungen stellte, stand das in scharfem Widerspruch. Heftige Befehdungen konnten nicht ausbleiben. Sie haben die Vereinigung nicht von ihrem Programm abzudrängen vermocht, wenn auch die allzu bestimmt gefaßten Einzelsätze im Jahre 1897 aus den Satzungen gestrichen wurden. Das stete Wachsen der Mitgliederzahl, die jetzt das erste Tausend schon überschritten hat, beweist die starke Werbekraft der von der Vereinigung vertretenen Ideen. Was die Vereinigung hinsichtlich einzelner Fragen aus ihrem Gebiete schon geleistet hat, stellt Kitzinger, der der Vereinigung selbst nicht angehört, fleißig und übersichtlich zusammen. Landgerichtsrat Riß.

**Jaeckel, Dr. Paul,** Reichsgerichtsrat. Kommentar zu dem Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, nebst dem Einführungsgesetz und den preußischen Ausführungs- und Kostenbestimmungen. Zweite, neu bearbeitete Auflage. Berlin 1904, Verlag von Franz Vahlen. Brosch. Mk. 15.—.

Die Ueberarbeitung des bewährten Buchs hat einen entschiedenen Fortschritt gezeitigt. Der Kommentar ist durch die weniger ausgiebige Verwertung der früher beinahe zu stark hervortretenden gesetzgeberischen Materialien einheitlicher geworden, während er andererseits durch die gewissenhafte Heranziehung der Literatur und der Rechtsprechung eine Fülle neuen Stoffes bietet. Die Forschungen der seit dem Erscheinen der 1. Auflage aufgetretenen Schriftsteller, von denen Reinhard und Fischer-Schäfer vor allem zu nennen sind, haben den Verfasser zu manchen Aenderungen in seinen Ausführungen veranlaßt. Aufgegeben ist z. B. die Meinung, daß eine auf unrichtiger Mitteilung des Grundbuchamts fußende Zustellung an einen Bevollmächtigten gültig sei (S. 26); daß dem Gläubiger, der sich nur auf einen Vollstreckungsbefehl oder eine die Summe von 300 Mk. nicht übersteigende vollstreckbare Forderung stützen kann, die Möglichkeit des Berichtigungsantrags nach § 14 Gr.B.O. zu gewähren ist, wird jetzt zugestanden (S. 86). Der in der 1. Auflage unterlaufene Irrtum in der Beurteilung der Wirkung einer genehmigten Schuldübernahme auf mithaftende Grundstücke ist beseitigt (S. 202, 203). In den Erläuterungen zu § 59 tritt Jaeckel auf S. 226 der herrschenden Meinung bei, nach der ein Gläubiger nicht ohne weiteres auf Berücksichtigung im geringsten Gebote verzichten kann. Die Möglichkeit einer zeitlich begrenzten Rentenschuld wird nicht mehr behauptet (S. 344). Einige Streitfragen dürften demnach durch das Erscheinen des Buchs überhaupt erledigt sein. Die schwierigen Bestimmungen der §§ 112, 122, 182 sind in sehr eingehender und befriedigender Weise erklärt. Für die Besprechung des berüchtigten § 881 Abs. 4 BGB., dieses einzig dastehenden juristischen Kuriosums, wäre vielleicht eine eingehendere Berücksichtigung der über diesen Punkt erwachsenen Literatur zu wünschen gewesen (S. 58, 179). Das hiefür auf S. 58 aus der Denkschrift zum BGB. gebrachte Beispiel ist unzureichend. Erfreulich ist es, daß Jaeckel gegenüber den in jüngerer Zeit von Wolff und Rothenberg unternommenen Versuchen, der schattenhaft gewordenen Lehre von der Eigenschaft des Zuschlags als Kaufvertrag neues Leben einzuhauchen, energisch an der richtigen Auffassung festhält (S. 295, 296). Die Darstellung ist von rühmenswerter Klarheit. von der Pfordten.

## Notizen.

**Ein Nachschlagewerk über reichsgerichtliche Entscheidungen.** Bei dem stets wachsenden Stoff von Entscheidungen wird es für die Mitglieder der Zivilsenate unseres Reichsgerichts immer schwieriger, sich eine ausreichende Kenntnis von der Rechtsprechung der einzelnen Senate zu verschaffen. Hierdurch wird die Einheitlichkeit der Rechtsprechung mehr und mehr beeinträchtigt. Zur Beseitigung dieses Mißstandes ist nun, wie im Etat der Reichsjustizverwaltung mitgeteilt wird, die Herstellung eines umfassenden Nachschlagewerkes in Aussicht genommen. Dieses soll sich auf die Zeit vom 1. Januar 1900 ab (Inkrafttreten des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs) erstrecken und alle Entscheidungen der Zivilsenate berücksichtigen, mit Ausschluß derjenigen, die Gesetzesvorschriften betreffen, die an dem genannten Tage außer Geltung getreten sind. Die Arbeit soll von heranzuziehenden Hilfskräften ausgeführt werden, und es ist zu diesem Zweck ein Betrag von 10 000 Mk. in den Etat eingestellt worden. Die Weiterführung des Werks soll dann durch die ständigen Kräfte des Reichsgerichts erfolgen.

**Kataloge.** Soeben erschienen bei J. Schweitzer Sortiment (Arthur Sellier) in München und stehen auf Verlangen kostenlos zu Diensten: Verzeichnis im Preise herabgesetzter Werke aus dem Leihinstitut der genannten Firma, Ausgabe 1904/05. Ferner: Antiquariats-Katalog Nr. 39: Strafrecht und Strafprozeßrecht.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, II. Staatsanwalt im K. Staatsministerium der Justiz.



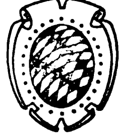
Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

Nr. 2. München, den 15. Januar 1905. 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum, Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.



## Umwandlung der Erbengemeinschaft in Sondereigentum der Erben.

Von Professor **Dr. Heinrich Dernburg** in Berlin.

I. Die Ansichten der juristischen Schriftsteller über die Frage, ob es zu dieser Umwandlung der Auflassung bedarf, sind sehr geteilt. Auch die Entscheidungen der höheren Gerichte stehen sich schroff gegenüber.

Das Oberlandesgericht Colmar führt in seinem Beschluß vom 30. Mai 1904 — Rechtsprechung der Oberlandesgerichte von Mugdan und Falkmann Bd. 9 S. 306 — aus, daß es keiner Auflassung zur Umsetzung des Miteigentums zur gesamten Hand in Miteigentum nach Bruchteilen bedürfe. Denn wenn auch die Erben nach § 2040 Abs. 1 über einen Nachlaßgegenstand nur gemeinsam verfügen können, so stehe ihnen doch gerade hiernach das Eigentum daran gemeinschaftlich zu. Jeder Miterbe habe einen Anteil an den Nachlaßgegenständen. Durch die Vereinbarung, daß fortan Gemeinschaft nach Bruchteilen bestehen solle, setzten die Miterben diesen Anteil ziffermäßig fest. Dadurch werde allerdings eine Rechtsänderung in dem zwischen ihnen bestehenden Gemeinschaftsverhältnis bewirkt, aber es trete weder ein Wechsel in der Person der Eigentümer ein, noch finde eine Uebertragung des Eigentums von allen Teilhabern auf einen derselben, oder von einem auf den anderen statt. Es fehle daher an dem Gegenstand und dem Zweck der Auflassung. Das Miteigentum nach Bruchteilen trete folglich ohne solche lediglich durch die bloße Vereinbarung zwischen den Miterben ein. Hierfür beruft sich das Oberlandesgericht auf wiederholte Aussprüche des Reichsgerichts, insbesondere Entscheidungen in Zivilsachen Bd. 25 S. 252, Bd. 30 S. 150.

Dagegen hat das Kammergericht in seinem Beschluß vom 15. Januar 1904 — Rechtsprechung der Oberlandesgerichte von Mugdan und Falkmann S. 222 — zunächst für einen Fall, welcher nach dem ALR. für die preußischen Staaten zu beurteilen war, aber so, daß es die für das preußische Recht angenommenen Grundsätze auch für das BGB. als maßgebend erklärt, eine entgegengesetzte Beurteilung eintreten lassen. Es nimmt an, daß, wenn durch Zusammenwirken sämtlicher Erben einem derselben ein Nachlaßgegenstand zum Alleineigentum übertragen werde, dieser nicht, wie bei der Uebertragung von Bruchteilen, lediglich etwas zu dem, was er bereits habe, hinzu erwerbe; Gegenstand des Erwerbs sei vielmehr die Sache in ihrer Gesamtheit, denn der Miterbe habe daran vor der Erbteilung noch keinen Anteil gehabt. Qualitativ sei er nur an der Erbschaft beteiligt gewesen. Nun bilde zwar das Grundstück einen Bestandteil der Erbschaft und insofern lasse sich wohl vom *wirtschaftlichen Standpunkt* aus von einem Anteil des Miterben am Grundstück reden, *nicht aber vom rechtlichen*. Das, was er durch die Auflassung erwerbe, sei nicht ein Hinzuerwerben neuer Bestandteile zu einem ihm bereits gehörigen Teil. Keiner der Erben habe bisher einen bestimmten Teil des Grundstückes besessen. Durch die Auflassung werde deshalb auf den Miterben das *ganze* Grundstück übertragen und hierdurch erwerbe er in den sämtlichen Bestandteilen etwas anderes, als er bisher hatte. Also sei sowohl der Stempel- wie der Gerichtskostenberechnung der Wert des *ganzen* Grundstücks zugrunde zu legen.

Mit den Gründen dieser Entscheidung stimmt vollständig überein das in den Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 57 veröffentlichte Urteil des Reichsgerichts vom 21. April 1904. In diesem Erkenntnis wird ausgeführt, daß bezüglich eng verwandter Fragen des Gesellschaftsrechts in drei (Bd. 56) der Entscheidungen enthaltenen Erkenntnissen die Umwandlung des Eigentums nach Bruchteilen ein solches zu gesamter Hand als Veräußerung behandelt werde, welche der Auflassung bedürfe. Es bestehe darüber, sagt das Reichsgericht, kein Zweifel, daß die Erbengemeinschaft ebenso, wie das Gesellschaftsvermögen vom BGB. nach dem Grundsatz der Gemeinschaft zur gesamten Hand geordnet sei.

Die Wichtigkeit der Fragen, um die es sich hier handelt, für den Grundbesitz liegt auf der Hand. Die neuere Entscheidung des Reichsgerichts tut einen tiefen Griff in das Vermögen der Grundbesitzer. Bei der Erbengemeinschaft kann durch die Belastung, welche nach der Entscheidung des Reichsgerichts eintreten soll, die Erhaltung des Grundbesitzes in der Familie des Erblassers erschwert oder unmöglich gemacht werden, wenn sie zu anderen Belastungen hinzutritt.

In diesen Zeilen kann die Frage nicht nach allen Seiten hin erörtert werden. Insbesondere sehen wir davon ab, die Ansichten der Schriftsteller aufzuführen und so zu prüfen, wie dies für eine erschöpfende Darstellung notwendig wäre. Es handelt sich für uns hier nur darum, einige Hauptgesichtspunkte hervorzuheben, aus welchen sich die richtige Entscheidung ergibt.

II. Nach gemeinem Recht waren bekanntlich die Nachlaßgegenstände unter die Miterben zu ideellen Teilen von Rechts wegen geteilt, so daß jeder einzelne Miterbe seinem Erbteil entsprechende Quotenrechte an den einzelnen Erbschaftsachen hatte, und er diese vor der Erbschaftsteilung veräußern und verpfänden konnte. Dagegen hat der Beschluß des preußischen Ober-Tribunals vom 16. März 1857, welcher für die preußische Jurisprudenz maßgebend wurde, folgendergestalt zwei ältere Präjudizien zusammengestellt: „Der unter der Nr. 1084 vorgetragene Rechtsgrundsatz dahin lautend: Jedem Einzelnen von mehreren Miterben steht während der Fortdauer ihrer Gemeinschaft ein bestimmter verhältnismäßiger Anteil an einem jeden einzelnen Nachlaßstück als sein besonderes Eigentum nicht zu"; und der unter Nr. 1101 eingetragene Rechtsgrundsatz, dahin lautend: „Erst durch die Erbteilung kann unter den mehreren Miterben der Einzelne ein freies Dispositionsrecht über einzelne Nachlaßgegenstände oder Teile derselben erlangen, während der bestehenden Gemeinschaft aber steht ihm bezüglich auf einzelne Erbschaftstücke überhaupt und die Nachlaßgrundstücke insbesondere noch kein nach Verhältnis seiner Erbquote bestimmter Anteil als sein besonderes Eigentum zu, vor der Teilung kann er daher auch nicht mit einem seiner Erbquote entsprechenden Anteil an einem Nachlaßgrundstücke seinem Gläubiger für dessen Forderung an ihn gültig Hypothek bestellen" — sind zu Plenarbeschlüssen erhoben".

Der Plenarbeschluß des Obertribunals hat hienach nicht nur erklärt, daß der einzelne Miterbe bis zur Erbteilung kein freies Dispositionsrecht über einzelne Nachlaßgegenstände oder Teile derselben erlangt, sondern auch hierüber weit hinausgehend ausgesprochen, daß den Miterben während der Erbengemeinschaft bezüglich der einzelnen Erbschaftsstücke und insbesondere der Nachlaßgrundstücke noch kein nach Verhältnis der Erbquote bestimmter Anteil als besonderes Eigentum zustehe. Dies hielt die preußische Praxis fest und hiernach rechtfertigte sich für das preußische Recht in der Tat der angeführte Beschluß des Kammergerichts vom 15. Januar 1904, wonach bei Auflassung eines Nachlaßgrundstückes an einen Miterben für Gerichtskosten und Stempel der Wert des ganzen Grundstückes maßgebend war.

III. Unseres Erachtens ist es aber unrichtig, wenn das Kammergericht ausführt, daß diejenige Auffassung des Miterbenverhältnisses, welche das preußische Recht herausarbeitete, im § 2033 BGB. klar geregelt sei. Im Gegenteil sagt § 2033 Abs. 2: „Ueber seinen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen kann ein Miterbe nicht verfügen." Man muß diese Fassung nur mit derjenigen des Plenarbeschlusses vergleichen, um sofort zu erkennen, daß eine hier in Betracht kommende Verschiedenheit obwaltet. Darin sind der Plenarbeschluß des Obertribunals und das BGB. konform, daß der einzelne Miterbe nicht selbständig über Nachlaßgegenstände vor der Erbteilung verfügen kann. Dies spricht das BGB. wie der Plenarbeschluß aus. Das ist wissenschaftlich und selbst dem Wortlaut nach der Begriff der gesamten Hand, welchen das BGB. insbesondere in Anlehnung an das preußische Recht übernommen hat. Aber dies ist unabhängig von dem weitern Satz des Plenarbeschlusses, daß der einzelne Miterbe vor der Erbteilung keinen Anteil an den einzelnen Nachlaßsachen habe. Man kann sehr wohl bestimmen, daß der einzelne Miterbe der selbständigen Verfügungsmacht an den Rechtssachen vor der Erbteilung entbehrt, ohne zugleich vorzuschreiben, daß er bis dahin noch keinen besonderen Anteil an den Nachlaßsachen hat. Es bedarf keiner Ausführung, daß man Eigentum haben kann, bezüglich dessen die Verfügungsmacht noch suspendiert ist. Die Konstruktion des preußischen Plenarbeschlusses, wonach der einzelne Miterbe vor der Teilung noch keinen Anteil an den Nachlaßsachen als besonderes Eigentum hat, ist eine überaus gekünstelte und dem natürlichen Verstand schwer einleuchtende. Durch sie erhielt allerdings die preußische Rechtsprechung eine gebundene Marschroute. Infolgedessen kam man zu Rechtssätzen wie diejenigen, welche das Kammergericht und das Reichsgericht in den angeführten Beschlüssen aussprach, welche dem Laien schwer verständlich sind und den Betroffenen höchst bedrückend erscheinen. Das BGB. hat, wie ersichtlich, diese Konstruktion nicht aufgenommen. Wenn es sagt, ein Miterbe kann über seinen Anteil an den Nachlaßgegenständen nicht verfügen, so setzt es deutlich voraus, daß ihm ein solcher Anteil zusteht. Das Kammergericht führt in dem angezogenen Erkenntnis aus, da das Grundstück einen Bestandteil der Erbschaft bilde, lasse sich wohl vom „wirtschaftlichen Standpunkt aus" von einem Anteil am Grundstück reden, nicht aber vom „rechtlichen". Das war zutreffend vom Standpunkt des preußischen Rechts, für welches die

Entscheidung des Kammergerichts bestimmt war. Aber für Erbschaften, die nach Inkrafttreten des BGB. anfallen, gilt dies nicht mehr. Denn nunmehr erkennt das BGB. § 2033 Abs. 2 ausdrücklich an, daß der Miterbe einen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen hat, über welchen er nur nicht selbständig verfügen kann. Wenn das BGB. vom Anteil des Miterben an den Nachlaßgegenständen spricht, so kann dies nur bezogen werden auf das rechtliche Verhältnis. Es liegt keine Veranlassung vor, anzunehmen, daß das BGB., welches dazu bestimmt war, Rechtssätze auszusprechen, einen ungenauen wirtschaftlichen Ausdruck brauchte. Es ist auch anzunehmen, daß der zweiten Kommission, welche die einschlägigen Paragraphen abfaßte, der Plenarbeschluß des preußischen Obertribunals vorlag und daß sie bewußt mit ihrer Formulierung bezüglich der Frage, ob der Miterbe vor der Erbteilung einen Anteil an den einzelnen Nachlaßsachen hatte, von dem preußischen Recht abweichen wollte.

Es ist begreiflich, daß Richter, die an das bisherige preußische System und an die aus dem Plenarbeschluß abgeleitete Rechtsprechung gewohnt waren, ihr Augenmerk mehr darauf richteten, was im BGB. mit dem bisherigen preußischen Recht übereinstimmte, als auf das, worin das neue Recht von dem altpreußischen abwich. Aber dies kann uns nicht hindern, die wichtige Verschiedenheit des neuen Rechtes vom altpreußischen zur Geltung zu bringen. Wir müssen hiernach aussprechen, daß die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Colmar dem Wortlaut des BGB. § 2033 Abs. 2 entspricht; sie ist auch die zweckmäßige, indem sie eine materiell unberechtigte Belastung des Grundbesitzes abwendet.

Es würde uns zu weit führen, hier auch auf das Gesellschaftsrecht einzugehen. Wir können nur bemerken, daß nach dem BGB. die hier für die Erbengemeinschaft entwickelten Grundsätze auch im Gesellschaftsrecht zur Anwendung zu bringen sind.

---

## Die exceptio doli generalis und das Bürgerliche Gesetzbuch.

Von **Eduard Silbermann**, Rat am K. Oberlandesgerichte München.

Der römische Jurist Paulus lehrt in fr. 1 § 1 Dig. de doli mali et metus exceptione 44, 4:

> Ideo autem hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem aecquitatem prosit.

Ulpian sagt in fr. 2 § 5 l. c.:

> Et generaliter sciendum est ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit quicumque id, quod quaque exceptione elidi potest, petit, nam et si inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose, nisi si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat.

Und der dritte berühmte Jurist Papinianus läßt sich in fr. 12 l. c. vernehmen:

> Qui aequitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est.

Bekanntlich war das alte römische Zivilrecht ein strenges Formalrecht, knechtisch unter dem Buchstaben stehend, eine Eigentümlichkeit, die es mit den anderen alten Rechten gemein hatte, denn der Anfang des Rechtes ist Buchstabe und Form.

Den rigor juris civilis einzudämmen, das Recht mit den Grundsätzen der Billigkeit in Einklang zu bringen, war eine der Hauptaufgaben des römischen Prätors.

Die angeführten Belegstellen und zahlreiche andere zeigen, wie das prätorische Recht seiner Aufgabe gerecht wurde.

Wer nach Zivilrecht eine „Stipulation" eingegangen, der mußte erfüllen, gleichgültig, ob ein Schuldgrund bestand oder nicht.

Es existierte noch keine Porcia, die den „Schein" des stipulator, wenn auch nicht zerriß, so doch zu einem leeren Blatt Papier machte. Da kam der Prätor:

> Si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur, exceptio utique doli mali ei nocebit, licet enim eo tempore, quo stipulabatur, nihil dolo malo admiserit, tamen dicendum est, eum quum litem contestatur, dolo facere, qui perseverat ex ea stipulatione petere (fr. 2 § 3 l. c.).

Auf Grund dieser und anderer Quellenstellen haben Theorie und Praxis des gemeinen Rechts den Rechtssatz ausgebildet, daß die Verfolgung eines nach strengem Rechte berechtigten Anspruchs unzuläßig ist, wenn die Geltendmachung des Anspruchs der bona fides widerstreitet, wenn die Verfolgung des Anspruchs eine Unredlichkeit enthalte.[1])

Von dieser prätorischen Handhabe hat die Praxis reichlich Gebrauch gemacht und selbst das Formalrecht κατ' ἐξοχήν — das Wechselrecht — mußte sich nicht selten diesem Rechtsbehelfe beugen.

Der Entwurf des BGB. kennt die exceptio doli generalis nicht. Dagegen war in der zweiten Kommission beantragt worden, als § 185a nachstehende Vorschrift aufzunehmen:

> „Ein Anspruch kann von demjenigen, gegen welchen er geltend gemacht wird, zurückgewiesen werden, wenn die Geltendmachung unter den

[1]) S. insbes. Urteil des K. Obersten LG. v. 16. März 1880 mitgeteilt in Seufferts Bl. f. RA. Bd. 45 S. 214 ff. und die dortigen Nachweise.



Umständen des Falles gegen die guten Sitten verstößt."

Die Kommission lehnte den Antrag ab.

Der Antragsteller hatte zur Begründung ausgeführt: Der Antrag bezwecke die Anerkennung der exceptio doli generalis und suche der Rechtsprechung ein Ventil zu eröffnen für die Berücksichtigung der aequitas gegenüber dem formellen Rechte. Das Bedürfnis der exceptio doli generalis ergebe sich daraus, daß das Gesetz nicht imstande sei, die Voraussetzungen des subjektiven Rechts derartig zu normieren, daß die Geltendmachung desselben nicht doch im Einzelfalle einen Verstoß gegen die guten Sitten enthalte. Für die Fassung der hienach notwendigen allgemeinen Vorschrift biete schon der Entwurf selbst Anhaltspunkte in den §§ 106 und 705 (BGB. §§ 138 und 826). Freilich lasse sich nicht verkennen, daß durch eine Vorschrift des vorgeschlagenen Inhalts dem Richter eine sehr weitgehende Machtvollkommenheit eingeräumt werde.

Indessen dürfe man zu der Gerechtigkeit des deutschen Richters das Zutrauen haben, daß er von dieser Machtvollkommenheit den rechten Gebrauch machen werde; ohne solches Zutrauen seien auch die §§ 106 und 705 nicht zu rechtfertigen.

Von anderer Seite wurde der Antrag mit dem Hinweise darauf unterstützt, daß es sich empfehle, durch eine Vorschrift der vorgeschlagenen Art der Neigung des Richterstandes zu einer lediglich den Buchstaben des Gesetzes zur Geltung bringenden Rechtsprechung entgegenzuwirken.

Gegen die Zulassung der exceptio doli generalis wurde insbesondere geltend gemacht, durch sie werde in höchst bedenklicher Weise an Stelle der festen Rechtsnorm das subjektive Gefühl des Richters gesetzt und die Grenze zwischen Recht und Moral verwischt.

Dem Zwecke einer exceptio geschehe im Entwurf schon Genüge, insbesondere durch den § 359 (BGB. § 157). Vielfach handele es sich bei der Annahme eines Gegensatzes von formellem Rechte und Billigkeit lediglich nur um eine zu enge Auslegung teils von Rechtsgeschäften teils von gesetzlichen Bestimmungen. Aus § 106 sei für die beantragte Bestimmung kein Argument zu entnehmen, denn es sei ein wesentlicher Unterschied, ob es sich erst darum handle, einem Tatbestande rechtliche Anerkennung zu teil werden zu lassen oder nicht, oder ob die Ausübung einer rechtlich anerkannten Befugnis in Frage stehe.

Wie erwähnt, ist der § 185a in der Kommission gefallen, wenn auch die gegen denselben ausgeführten Argumente nicht überzeugend sind. Insbesondere ist das dem deutschen Richterstande entgegengebrachte Mißtrauen wenig gerechtfertigt. Der deutsche Richter geht nicht auf die Stellung des römischen Prätors aus, er wendet das bestehende Recht auf den einzelnen Fall an. In zahllosen Fällen läßt das Gesetz ohnedies das richterliche Ermessen entscheiden. Das Ermessen wird nicht von Willkür geleitet, sondern gewissenhaft im Geiste des Gesetzes geübt.

Ist nun in der Tat die exceptio doli generalis dem deutschen Richter aus der Hand genommen und bedarf es eines legislativen Aktes, um sie ihm wieder zu geben? Entbehrt das „mit einem Tropfen sozialpolitischen Oels gesalbte" BGB. dieses wichtigen Rechtsbehelfs, der die Ecken und Kanten des strengen Rechtes abzuschleifen bestimmt ist, in Wirklichkeit?

Hören wir zunächst verschiedene Stimmen der Theorie!

Gegen die exceptio doli generalis spricht sich mit Entschiedenheit aus: Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes (6. Aufl., Bd. I § 72 Note 16, § 73 Note 4, § 85 Ziff. I ꝛc.).

Endemann verwertet für seine ablehnende Haltung insbesondere den ablehnenden Standpunkt der Kommission.

Nach Endemann § 85 Ziff. I Note 1 a. E. steht „die Literatur auf ablehnendem Standpunkt".

Schneider in seiner Schrift: „Treu und Glauben im Rechte der Schuldverhältnisse des BGB." 1901, bedarf der exceptio doli generalis nicht, weil in Wahrheit andere Rechtssätze bereit stehen und deren Dienst ausfüllen.[1])

Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse, zu § 242 meint in Note 1:

> „Wir haben es hier mit einem residuum der exceptio doli generalis zu tun."
>
> „Es ist zweifelhaft, ob die exceptio doli generalis nach dem Recht des BGB. noch besteht (dafür mit Recht Eck, Vorträge zu E. I S. 49)."

Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch § 242 Note 1 äußert sich:

> „Es soll durch diesen Paragraphen demselben Bedürfnis der individualisierenden Gerechtigkeit Raum gegeben werden, dem im § 2 u. a. die exceptio doli generalis diente."

Enneccerus und Lehmann, Das Bürgerliche Recht, Bd. I § 129 enthält die Bemerkung:

> „Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sie (sc. die exceptio doli generalis) zwar nicht ausdrücklich erwähnt, aber darum keineswegs aufgehoben."

Von besonderer Bedeutung sind die Aeußerungen von Planck und Rehbein zu dieser Frage.

Ersterer bemerkt in Note 2 zu § 242, BGB. 3. Aufl.:

> „Den Vorschriften der §§ 157, 242 liegt im wesentlichen derselbe Gedanke zugrunde, wie der gemeinrechtlichen exceptio doli generalis."

In der Praxis ist diese indessen, wie Schneider mit Recht hervorhebt, bisweilen dazu benutzt, um Gesichtspunkten Geltung zu

---

[1]) S. dessen Aufsatz in der D. Jur.Z. Jahrg. 1903, S. 232 ff.



verschaffen, die außerhalb des Gebiets des Rechts liegen. Die §§ 157, 242 gestatten eine solche Ausdehnung des richterlichen Ermessens nicht.

Der Richter ist insbesondere nicht berechtigt, den Vertrag oder das Gesetz durch Aufstellung eines sozialen Ideals als Richtmaß oder durch Geltendmachung subjektiver sittlicher Anschauungen zu korrigieren.

Soweit die exceptio doli generalis hiezu bisweilen wohl auch nach dem bisherigen Recht mit Unrecht benützt ist, hat sie in dem BGB. keine Anerkennung gefunden und wird ferner nicht mehr zulässig sein!

Letzterer führt zu §§ 241—292 Note 3 des BGB. aus:

„Der Grundsatz des § 242 kann als die gesetzliche Grundlage der gemeinrechtlichen, auch im Preußischen Recht anerkannten exceptio doli generalis gelten.

§ 242 wendet sich gegen die starre Anwendung der Rechtssätze, wo sie zu Mißbrauch führt.

Nicht um Verwirklichung des sozialen Ideals handelt es sich dabei, vielmehr handelt es sich um die Achtung der ethischen Seite des Rechts, die verlangt, daß nicht als Recht durchgeführt wird, was nach Treu und Glauben im Verkehr, d. h. nach dem, worauf sich ehrliche und anständige Leute im Verkehr verlassen können, nicht gutes Recht ist."

„Immer aber ist festzuhalten, daß der § 242 nie dahinführen kann, die Berufung auf solche Vorschriften des Gesetzes abzuschneiden, die, wie die Formvorschriften, die Entstehung der Schuldverhältnisse betreffen.

Niemals handelt der gegen § 242, der geltend macht, daß er rechtlich nicht verpflichtet, weil er gar nicht in den Formen des Gesetzes verpflichtet, oder weil das Gesetz eine Verpflichtung aus einem andern Grund nicht entstehen lassen will.

Niemals verstößt die Einrede des Spiels, des reinen Differenzgeschäfts, des unwirksamen Börsentermingeschäfts gegen § 242."

Daß, wie Endemann annimmt, die Literatur sich ablehnend gegen die exceptio doli generalis verhalte, ist hienach wohl nicht zutreffend. Im Gegenteile, die angezogenen Belege deuten mehr darauf, daß die Theorie, allerdings mit einer gewissen Zurückhaltung, sich der Anerkennung der exceptio doli generalis zuneigt.

Die Praxis der Instanzgerichte in dieser Frage ist wenig in die Oeffentlichkeit gedrungen.

Hinzuweisen wäre hier auf eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Stuttgart in Seufferts Archiv, Bd. 59 S. 403, in welcher die exceptio doli generalis, wie es scheint, anerkannt wird.

Dagegen sind mehrere Entscheidungen des Reichsgerichts veröffentlicht, aus welchen ersichtlich ist, daß das Reichsgericht der exceptio doli generalis einen ziemlich weiten Spielraum gewährt.

Zunächst verweise ich auf das Erkenntnis vom 17. Dezember 1903, veröffentlicht in Seufferts Archiv Bd. 59 S. 258, Jur. Wschr. Jahrg. 1904, S. 89, D. Jur.Z. Jahrg. 1904, S. 314.

Hier führt der höchste Gerichtshof aus (Jur. Wschr. a. a. O.):

„Das BGB. behandelt die betrügliche Täuschung ausdrücklich als Grundlage der Anfechtung eines durch sie veranlaßten Rechtsgeschäfts in den §§ 123, 124 des BGB.; insofern sie zugleich eine Rechtsverletzung nach § 823 oder einen Verstoß gegen die guten Sitten nach § 826 darstellt, wird sie ferner die Grundlage eines Schadensanspruches. Daß sie zugleich im Sinne der gemeinrechtlichen exceptio doli generalis eine Einrede begründet, mittels deren der Schuldner die Erfüllung einer durch sie beeinflußten Schuld an den Urheber der Täuschung ablehnen könne, ist nirgends ausgesprochen. Allein das BGB. stellt für den Inhalt der Rechtsgeschäfte wie für deren Erfüllung den Grundsatz von Treu und Glauben auf (§§ 157 und 242 des BGB.); es betont damit, daß aller Rechtsverkehr unter der bona fides stehen müsse, daß das Recht aufhöre Recht zu sein, wo es mißbraucht werde, und daß im Rechtsverkehr ein jeder auf die Ehrlichkeit und Anständigkeit der Gegenkontrahenten sich müsse verlassen können."

Es wird deshalb die Einrede der Arglist mit dem Ziel auf Klageabweisung gegeben, wenn die Schuld bei ehrlicher Handlungsweise des Gläubigers nicht oder nicht so, wie sie geltend gemacht wird, bestehen würde.

Weiter kommt in Betracht die Entscheidung vom 30. Juni 1904, veröffentlicht in der Jur. Wschr., Jahrg. 1904 S. 482, in welcher u. a. ausgeführt wird:

„Jedenfalls hat das Reichsgericht schon mehrfach in ganz entsprechend liegenden Fällen nach älterem Recht die Einrede der Arglist für begründet erklärt; vgl. z. B. RGE. Bd. 5 S. 17, Bd. 43 S. 165 f. Das BGB. enthält nun freilich keine allgemeine Bestimmung über die Einrede der Arglist, wodurch dieser eine Geltung in gleichem Umfange, wie nach dem früheren gemeinen Recht, ausdrücklich gesichert würde. Es kann dahin gestellt bleiben, wie weit § 138 Abs. 1 oder § 242 BGB. zu dem gleichen Ergebnisse führen würde. Jedenfalls ergibt sich aber dasselbe in einem Falle von der Art des vorliegenden aus § 826 in Verbindung mit § 249 BGB."

Endlich ist von der größten Bedeutung für die vorwürfige Frage die Entscheidung vom 17. Sept. 1904 in Jur. Wschr., Jahrg. 1904 S. 555, in welcher die exceptio doli generalis als geltendes

Recht anerkannt und dem Beklagten, welchem der § 1165 BGB. wegen Nichtvorhandenseins eines Verzichtes auf die Hypothek nicht zur Seite stand, mit dieser zum Rechte verholfen wird. „Steht hienach dem Beklagten der § 1165 nicht zur Seite, so ist doch nicht ausgeschlossen, daß ihm die exceptio doli generalis zu statten kommt. Daß mit den im § 1165 bezeichneten Verfügungen des Gläubigers diese Einrede nicht erschöpft sein soll, ist ohne weiteres anzunehmen, da nach BGB. der Grundsatz allgemein in Geltung steht, daß ein jeder sein Tun und Lassen so einzurichten hat, wie es Treue und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte fordern, und daß nicht gegen die guten Sitten verstoßen werden darf, mag dies auch nur in einzelnen Bestimmungen wortdeutlich hervortreten (vgl. §§ 136, 157, 162, 242, 320, 815, 817, 326). Es wäre deshalb nicht unzulässig, die Befreiung des Schuldners von seiner persönlichen Schuldverbindlichkeit auch da eintreten zu lassen, wo der Gläubiger durch sein Verhalten absichtlich die rechtliche und wirtschaftliche Lage seines Schuldners verschlechtert hat."

Aus den angegebenen Entscheidungen ist zu entnehmen, daß das Reichsgericht — die viva vox juris — unbeengt durch die gesetzgeberischen Verhandlungen die exceptio doli generalis, wie sie das gemeine Recht herausgebildet hat, noch als geltendes Recht anerkennt.

Mit Umsicht verwendet und nicht angewandt, um subjektive ethische und sozialpolitische Ideen über das bestehende Recht zu setzen, ist die exceptio doli generalis ein unentbehrlicher Rechtsbehelf, um dem Rechte zum Siege zu verhelfen, wenn „der Gebrauch eines positiven Rechts im einzelnen Falle einen nicht zu gestattenden Rechtsbruch darstellen kann."[1])

Es ist deshalb freudigst zu begrüßen, daß das Reichsgericht die exceptio doli generalis als geltendes Recht behandelt. Eine Gefahr, ins Uferlose zu gleiten, ist umso weniger vorhanden, als uns die klassischen Meister des Rechtes in dem eingangs erwähnten Digestentitel nicht veraltende Beispiele des Anwendungsgebietes des Rechtsbehelfes aufbewahrt haben. Die exceptio doli generalis enthebt nicht von der Kenntnis und Anwendung des Rechts, im Gegenteil sie setzt die gründlichste Rechtskenntnis voraus und führt zur Anwendung des in Wirklichkeit bestehenden Rechts. Der deutsche Richter wird sicherlich die in der zweiten Kommission gegen die Zulassung der exceptio doli generalis ausgesprochenen Bedenken zu Schanden machen, so daß die exceptio doli generalis der Rechtspflege zum Segen und nicht zum Fluche gereichen wird.

[1]) Endemann, Lehrb. des Bürgerl. Rechts, 6. Aufl., Bd. I § 85 Ziff. 1.

# Der frühere Vollstreckungstitel und die konkursmäßige Feststellung.

Von Landgerichtsrat **Karl Meyer** in München.

## I.

Nach § 145 Abs. II KO. wirkt der Feststellungsvermerk in der Tabelle rücksichtlich der festgestellten Forderungen ihrem Betrage und ihrem Vorrechte nach gegenüber allen Konkursgläubigern wie ein rechtskräftiges Urteil. Die Eintragung in die Tabelle bindet, ohne daß eine Verkündung und Zustellung notwendig ist, den Liquidanten auf die Feststellung.[1]) Die Rechtskraftwirkung des Tabelleneintrages besteht auch gegenüber dem Gemeinschuldner. Hat dieser die Konkursforderung im Prüfungstermine nicht ausdrücklich bestritten, so findet gegen ihn aus der Eintragung in die Tabelle die Zwangsvollstreckung unter entsprechender Anwendung der §§ 724—793 CPO. statt (§ 164 Abs. II KO.). Dem Gläubiger erwächst für sein Nachforderungsrecht aus dem Feststellungsvermerk ein Vollstreckungstitel. Dieses Nachforderungsrecht gilt für alle nichtbefriedigten Konkursgläubiger und tritt nur auf die Höhe der Nichtbefriedigung ein. Dabei ist es gleichgültig, ob das Schuldverhältnis unberührt durch den Konkurs hindurchgegangen ist oder durch dessen Einwirkung (§§ 17 ff., 65, 69, 70 KO.) eine teilweise Veränderung seines Inhaltes erfahren, insbesondere ob der ursprüngliche Erfüllungsanspruch sich in einen Interessenanspruch verwandelt hat.[2]) Die Bindung auf die judikatmäßige Feststellung tritt für den Konkursgläubiger wie für den Gemeinschuldner ein und die allenfallsige Umwandlung ist auch gegenüber dem Gemeinschuldner wirksam.

Die Vorschrift des § 164 Abs. II KO. ist entsprechend anwendbar bei der Konkursbeendigung durch Einstellung infolge Gantverzichtes oder mangels genügender Masse (§§ 202—206 KO.). Der Feststellungsvermerk in der Tabelle äußert nach § 194 KO. auch seine Wirkung bei der Vollstreckung auf die Vergleichsdividende aus dem rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleich, der auf den Akkordausfall eine natürliche Verbindlichkeit zurückläßt.[3])

## II.

In vielen Konkursen hat eine Reihe von Gläubigern bereits vor der Konkurseröffnung für ihre Forderungen einen Vollstreckungstitel erlangt. Ihre Prozeßlage ist infolgedessen für den konkursmäßigen Feststellungsprozeß eine günstigere. Der Widersprechende hat gemäß § 146 Abs. VI KO. den

[1]) Ueber die Wirkung des Feststellungsvermerkes neuerdings RGE Bd. 55 S. 157 ff, Bd. 57 S. 274. Jur. Wschr. 1904 S. 538 ff.

[2]) Reichsger. Jur. Wschr. 1901 S. 253.

[3]) Hiezu Reichsger. Urt. des I. Ziv.Sen. vom 8. Februar 1904 in Holdheims Zeitschr. Bd. 13 S. 130 und im „Recht" 1904 S. 533.

Widerspruch gegen die mit einem solchen Titel versehene Forderung zu verfolgen. Wie gestaltet sich aber das Schicksal dieser früheren Vollstreckungstitel gegenüber der konkursmäßigen Feststellung und dem Vollstreckungsrechte aus § 164 Abs. II, wirkt im Bereiche der tabellarischen Feststellung nur der alte Vollstreckungstitel oder der alte neben dem neuen oder lediglich der neue Titel? Diese Frage — für die Praxis von nicht unbeträchtlicher Bedeutung — ist in der Literatur streitig. Der ersteren Ansicht ist Kohler in seinen konkursrechtlichen Studien im Archiv f. d. zivilist. Praxis B. 81 S. 390. Er nimmt an, daß die Tabelle nur insofern in Betracht komme, als aus ihr die Nichtanfechtung des Titels hervorgeht, und erachtet es für unzulässig, daß über ein- resp. dasselbe Schuldverhältnis mehrere Vollstreckungstitel vorhanden seien. Der zweiten Ansicht ist Kleinfeller in seinem Kommentar z. KO. (IV. Aufl. § 164 Anm. 4 u. 6). Und in diesem Sinne äußert sich auch Oetker in seinen konkursrechtlichen Grundbegriffen S. 441 ff. Der letzteren Ansicht sind Falkmann in seiner Zwangsvollstreckung (2. Aufl. S. 12 u. 131) und Jaeger in seinem Kommentare z. KO. (2. Aufl. § 164 Anm. 7). Jaeger insbesondere betont, daß der frühere Vollstreckungstitel durch den neuen vollstreckbaren Tabelleneintrag verdrängt werde.

Diese Ansicht ist für die Praxis am zweckentsprechendsten und führt zu den glattesten Ergebnissen. Allein meines Erachtens hat sie im Gesetze keine zureichende Stütze. Hätte man die Beseitigung des alten Vollstreckungstitels, der z. B. ein rechtskräftiges Urteil sein kann, gesetzgeberisch gewollt, dann hätte dies im Gesetze in irgend einer Form zum Ausdruck gebracht werden müssen. Es fehlt eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung, nach welcher ein vor der Konkurseröffnung erlangter vollstreckbarer Titel nicht weiter benützt werden dürfe. Auch aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ist ein solches Verbot in zwingender Weise nicht abzuleiten. Die Ansicht Kohlers trägt dem Feststellungsvermerk zu wenig Rechnung, die Falkmanns und Jaegers, indem sie den alten Titel eliminiert, dagegen zu viel. Der frühere Vollstreckungstitel bleibt in Kraft; zu ihm tritt nur die aus dem Konkursverfahren herausgewachsene Vollstreckungsmöglichkeit aus dem Feststellungsvermerke hinzu. So wenig wie dem weitergehenden und einschneidender wirkenden Zwangsvergleiche kommt der Eintragung in die Tabelle novatorische Wirkung zu. Der Feststellungsvermerk entnimmt seine Daseinsberechtigung den Zwecken des Konkursverfahrens; trotzdem er noch jenseits des Konkursverfahrens Wirkungen äußert, hat er doch nicht die Kraft, den früheren Vollstreckungstitel zu beseitigen, zurückzudrängen oder kraftlos zu machen. Demgemäß kann der Gläubiger alternativ aus dem einen oder dem anderen Titel, selbstverständlich aber nicht kumulativ aus beiden, vollstrecken. Beide Titel lassen nur eine Vollstreckung zu, behalten aber trotz des Konkursverfahrens unter sich ihre selbständige Bedeutung. Nimmt man diese an, dann bildet die Erteilung des vollstreckbaren Tabellenauszuges keine weitere vollstreckbare Ausfertigung im Sinne des § 733 CPO., wie Oetker a. a. O. S. 442, Kleinfeller a. a. O. § 164 Note 7, Lothar v. Seuffert in seinem Konkursprozeßrechte S. 392 Note 24 und v. Wilmowski-Kurlbaum, Kommentar z. KO. (VI. Aufl. § 164 Anm. 7) betonen.[1]) Der Konkursgläubiger, welcher schon vor der Konkurseröffnung einen vollstreckbaren Titel erlangt hatte, hat daher ein Wahlrecht, aus welchem Titel er vollstrecken will. Er muß sich aber, wenn er die Vollstreckung aus dem alten Titel betreiben will, die Begrenzung seines Anspruchs, die dieser durch einen Zwangsvergleich erfahren hat, gefallen und selbstverständlich die bisher geleisteten Abschlagszahlungen gegen sich gelten lassen. In diesem Sinne vertritt Kleinfeller a. a. O. § 164 Note 4 und 6 die Zulässigkeit der Vollstreckung aus dem alten Titel und in gleichem Sinne hat das Oberlandesgericht Jena mit Beschluß vom 26. November 1888 (Seufferts Archiv Bd. 45 S. 240 ff.) entschieden. Jenseits dieser Rechtsfrage liegt, ob es für den Konkursgläubiger überhaupt ratsam ist, auf den alten Vollstreckungstitel zurückzugreifen. Dies ergibt sich aus den Umständen des Einzelfalles; denn der Gläubiger muß, wie Kleinfeller a. a. O. § 164 Note 6 mit Recht bemerkt, den Einwand gewärtigen, daß die Feststellung zur Konkurstabelle nicht in demselben Umfange erfolgt sei wie in dem früheren Schuldtitel.

## III.

Nach § 116 Abs. II der Bayerischen Gerichtsschreibereiordnung vom 30. Dezember 1904 (Just.M.Bl. 1902 S. 1 ff., S. 88) dürfen die vollstreckbaren Ausfertigungen aus der Tabelle erst erteilt werden, wenn die öffentliche Bekanntmachung des Aufhebungs- oder Einstellungsbeschlusses nach § 76 Abs. I KO. als bewirkt gilt und eine gegen den Einstellungsbeschluß zuläßige Beschwerde innerhalb der gesetzlichen Frist nicht erhoben ist.[2]) Lothar von Seuffert a. a. O. S. 392 und Jaeger a. a. O. § 164 Anm. 6 betonen, daß der Gläubiger diese vollstreckbare Ausfertigung schon vor der Aufhebung des Konkursverfahrens verlangen könne. Jaeger weist insbesondere darauf hin, daß die entgegenstehenden Bestimmungen der Geschäftsanweisungen unverbindlich seien. Es ist richtig, daß diese Bestimmungen nur den Charakter von Sollvorschriften haben. Allein es gibt eine Reihe solcher Sollvorschriften oder dienstlicher Anweisungen, die im

[1]) Jaeger a. a. O. § 164 Anm. 7 lehnt die Annahme einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung ab.

[2]) Ebenso nach § 34 Nr. 1 der Preuß. Gesch.-Ord. f. d. Ger.-Schr. d. Amtsger vom 26. November 1899.

Rechtsleben fast den Charakter von Mußvorschriften annehmen. Das markanteste gesetzliche Beispiel wird nach der Grundbuchanlage Art. 12 des Bayer. AG. zur GBO. und zum ZVG. erbringen, wonach das Grundbuchamt die Erklärung der Auflassung nur entgegennehmen soll, wenn die nach § 313 BGB. erforderliche Urkunde vorgelegt wird. Allein diese praktische Erwägung, die im Effekte der rechtlichen Bedeutung entbehrt, kann dahingestellt bleiben. Die Vollstreckung aus der konkursmäßigen Feststellung entnimmt ihre Kraft erst dem durchgeführten Konkursverfahren. Wohl schafft der Feststellungsvermerk den Vollstreckungsgrund, allein die Vollstreckungsmöglichkeit eröffnet nur die Konkursbeendigung. Damit ist die Bedingung für die Vollstreckung aus der Tabelle eingetreten. Die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung der Tabelle ist daher erst nach der Konkursbeendigung zulässig. Die Tatsache ihrer Erteilung beweist, wie Wolff KO. § 164 Anm. 4 sich ausdrückt, die Beendigung des Verfahrens; ein Attest über die Beendigung braucht demnach der Vollstreckungsklausel nicht hinzugefügt zu werden. Nicht nur Wolff a. a. O. in seinem Kommentare zur KO., sondern auch Fitting, Lehrbuch des Konkursrechtes, III. Aufl. S. 133 Note 15, von Wilmowski-Kurlbaum a. a. O. § 164 Note 6 lassen die Erteilung der Klausel nur nach Beendigung des Konkurses zu.[1] Diese Annahme hat auch in der Regel rechtliche und wirtschaftliche Nachteile nicht im Gefolge; denn erst mit der Konkursbeendigung hört die durch § 14 KO. geschaffene konkursmäßige Bindung für den Konkursgläubiger auf. Diesem ist, abgesehen von dem in § 14 Abs. II erwähnten Falle der Zwangsvormerkung — wie sie Jaeger nennt —, während des Schwebens des Konkursverfahrens jede Vollstreckung auch in das konkursfreie Vermögen des Gemeinschuldners versagt. Die wirtschaftliche Bedeutung des Nachforderungsrechtes liegt jenseits des Konkursverfahrens.

[1]) Hiezu Oetker a. a. O. S. 436 ff.

# Die Kaufmannsgerichte.

Von **Dr. Ernst Jaeger**, Univ.-Professor in Würzburg.

(Schluß.)

II. Die sachliche — nicht auch die örtliche — Zuständigkeit der Kaufmannsgerichte ist **ausschließlich**.

1. Sie ist ausschließlich gegenüber Amts- und Landgerichten, für deren Sprengel ein Kaufmannsgericht besteht (§ 6 I KGG., ebenso § 6 I GGG.). Dementsprechend kann in Kaufmannsgerichtssachen die Zuständigkeit des ordentlichen Gerichts weder durch ausdrückliche noch durch stillschweigende Vereinbarung der Parteien begründet werden (§ 40 II CPO., anwendbar nach § 16 I KGG. mit § 26 GGG.). Vielmehr hat das ordentliche Gericht auch ohne Parteirüge den Mangel seiner sachlichen[1]) Zuständigkeit zu berücksichtigen und dementsprechend die Klage ohne Sachentscheidung als unzulässig abzuweisen, einerlei, ob der Beklagte erscheint oder nicht (§ 331 II Halbsatz 2 CPO.). Eine Verweisung vom ordentlichen Gericht an das Sondergericht (Gewerbe- oder Kaufmannsgericht) hat das Gesetz nicht vorgesehen, so praktisch eine solche Verweisung auch wäre.[2]) Andrerseits folgt aus der neuen, ihrem Zwecke nach für die örtliche und für die sachliche Unzuständigkeit geltenden Vorschrift des § 528 I Satz 2 CPO., daß die vom Amtsgericht unbeachtete Sondergerichtszuständigkeit nicht noch in der Berufungsinstanz gegen den Willen der beiden Parteien zur Klagabweisung führen kann.[3]) In erster Instanz steht die Nachholung der prozeßhindernden Einrede mangelnder Zuständigkeit des ordentlichen Gerichts dem Beklagten unbeschränkt frei (§ 274 III CPO.). Vor Amtsgerichten kann er daraufhin die Sacheinlassung freilich nicht ohne Risiko verweigern (§ 504 III CPO.).

So wenig als durch Klage kann die Gewerbe- oder Kaufmannsgerichtssache durch Widerklage (§§ 33, 280 CPO.) vor den ordentlichen Gerichten ausgetragen werden. Wie die Klage wird auch die Widerklage von Amts wegen durch Prozeßurteil abgewiesen, nicht an das zuständige Sondergericht verwiesen. Wohl aber kann vor dem ordentlichen Gericht ein zur Zuständigkeit des Gewerbe- oder Kaufmannsgerichtes gehörender Anspruch zur bloßen Abwehr einwendungsweise geltend gemacht werden. So im Wege der Einrede des Zurückbehaltungsrechtes, so aber auch im Wege des rechtsverneinenden Einwands der Aufrechnung.[4]) Die Entscheidung des ordentlichen Gerichts, daß die compensando geltend gemachte Gegenforderung nicht besteht, ist nach Maßgabe des § 322 II CPO. der Rechtskraft zu-

[1]) Daß dieser Mangel besteht, folgt namentlich aus § 28 GGG., § 16 I u. II KGG. Siehe L. Seuffert CPO. (9. Aufl.) § 1 Anm. 1, Gaupp-Stein CPO. (7. Aufl. S. 8).

[2]) Man hat das Gegenteil aus § 26 GGG. (§ 16 I KGG.) mit §§ 276, 505 CPO. ableiten wollen (so z. B. Apt, 3. Aufl. S. 77 mit Lit., Hirsekorn S. 44 und 103). Ganz mit Unrecht. Aus dem Zusammenhalte dieser Vorschriften ließe sich höchstens die Zulässigkeit einer Verweisung vom Sondergerichte an das ordentliche Gericht rechtfertigen, nicht der umgekehrte Fall (zutreffend Kulka KGG. S. 74). Siehe auch Silberschmidt S. 269, 279.

[3]) Gaupp-Stein CPO. § 528 Anm. III mit abw. Ansichten. Der Streit pflanzt sich in der Rechtsprechung und Literatur der Sondergerichte fort. Wie hier Kulka S. 28, abw. z. B. Haas S. 22, LG. Berlin bei von Schulz-Schalhorn S. 309. Die Angemessenheit der im Texte vertretenen Meinung liegt auf der Hand.

[4]) Vgl. L. Seuffert CPO. § 145 Anm. 4 g mit Lit.; Haas KGG. S. 22.



gänglich.[1]) Zur Erledigung von Gewerbe- und Kaufmannsgerichtssachen im Wege des *Vergleichs* (§§ 510, 794 Nr. 1 CPO.) sind die ordentlichen Gerichte nicht zuständig.[2]) Siehe § 3 I EG. z. CPO.

Hat das ordentliche Gericht gleichwohl in einer Gewerbe- oder Kaufmannsgerichtsstreitigkeit durch Sachurteil erkannt, so bildet dieser Verstoß — abgesehen von Versäumnisurteilen — einen Berufungsgrund und, wenn in erster Instanz ein Landgericht geurteilt hatte, einen absoluten Revisionsgrund (§§ 547 Nr. 1, 551 Nr. 4 CPO.). Der § 10 CPO. ist unanwendbar. Eine Nichtigkeitsklage begründen auch die Verstöße gegen ausschließliche Zuständigkeitsnormen nicht: die Rechtskraft heilt den Mangel (arg. e contr. § 579 CPO.). Wenn umgekehrt *das Sondergericht* in einer vor die *ordentlichen* Gerichte gehörenden Sache erkannt hat, so ist sein Spruch gar kein Richterspruch. *Die Entscheidung ist null und nichtig.* Ihre Nichtigkeit kann jederzeit frei geltend gemacht werden, insbesondere durch Einwendung oder Replik, durch Feststellungs- oder Bereicherungsklage. Einer Umstoßung des Spruches durch eine übergeordnete Instanz bedarf es hier ebensowenig, als wenn sich etwa der Gemeindevorsteher eine ihm nicht zukommende Gerichtsbarkeit angemaßt hat (vgl. § 76 GGG., § 19 KGG.). Während nämlich das Gerichtsverfassungsgesetz den ordentlichen Gerichten grundsätzlich „*alle* bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten" zuweist (§ 13) und durch die Fassung der §§ 23, 70 in der Tat auch alle Sachen restlos unter Amts- und Landgerichte aufteilt, erkennt es den „besonderen Gerichten" (§ 14) nur eine eng begrenzte Gerichtsbarkeit zu. Wo ein Gewerbe- oder Kaufmannsgericht fehlt, entscheidet das ordentliche Gericht auch in Gewerbe- und Kaufmannsgerichtssachen. Es ist *an sich* auch zur Schlichtung dieser Streitigkeiten berufen und befähigt, während das Sondergericht als Gericht nur für bestimmt bezeichnete Ausnahmefälle „zugelassen" ist (§§ 13, 14 GVG.).[3]) Diese Unterscheidung ist praktisch schon darum unentbehrlich, weil zwar der Uebergriff des ordentlichen Gerichts in die Zuständigkeit des besonderen frei durch Rechtsmittel geahndet werden kann, das Gewerbe-

[1]) Ob auch dann, wenn der Ausspruch über den Bestand der Gegenforderung lediglich in den Entscheidungsgründen, nicht in der Urteilsformel steht, ist bekanntlich bestritten, aber nach Zweck und Fassung des Gesetzes zu bejahen. *Wach*, Vorträge über die CPO. (2. Aufl.) S. 142 ff., *Weismann*, Zivilprozeßrecht S. 236, *Gaupp-Stein* § 322 Anm. VIII mit Lit.

[2]) Abw. *Haas* a. a. O.

[3]) *Wach*, Handbuch S. 361, *Bewer*, Soz. Praxis 13 Spalt. 1341 f., *Kohler*, Enzyklopädie II S. 64 mit S. 139, *Gaupp-Stein*, CPO. Vorbem. I vor § 578. Gewerbe- und Kaufmannsgerichte sind in diesem Sinne einer reichsrechtlichen „Schranke der Ausübung an sich vorhandener Gerichtsgewalt" auch dort „zugelassen", wo sie geboten sind, also für Gemeinden mit mehr als 20 000 Einwohnern.

gericht dagegen Sachen bis zum Werte von 100, das Kaufmannsgericht sogar Sachen bis zum Werte von 300 Mk. ungestraft an sich zu ziehen vermöchte. Die Berufungsschranke würde zum Freibriefe für Erweiterungen der Sondergerichtsbarkeit. Völlig verfehlt ist es, im § 36 Nr. 5 CPO. das Remedium zu suchen.[1]) Denn diese Vorschrift will im Falle des verneinenden Zuständigkeitsstreites eine Sachentscheidung ermöglichen, keineswegs aber die Aufhebung rechtskräftiger Sachurteile durch „Beschluß" eines Obergerichts (§ 37 CPO.) verstatten. Sie gilt nur, wenn *lediglich* über die Zuständigkeit erkannt ist (§ 275 CPO.).

Hat das ordentliche Gericht die Klage wegen Zuständigkeit des Gewerbe- oder Kaufmannsgerichtes rechtskräftig abgewiesen, so *bindet* dieser Ausspruch über die sachliche Zuständigkeit das Sondergericht (§ 28 GGG., § 16 I KGG. mit § 11 CPO.). Die Bindung soll einem negativen Kompetenzkonflikt (§ 36 CPO.) unter Gerichten, von denen eines sachlich zuständig sein muß, vorbeugen. Klar ist daher, daß jetzt für das Sondergericht die Unzuständigkeit der *ordentlichen* Gerichte feststeht. Zweifelhaft aber bleibt zunächst die Frage, ob nun das eine Sondergericht seine Zuständigkeit aus dem Grunde der Zuständigkeit des anderen *Sondergerichts* verneinen darf (§ 16 III KGG.). Der Spruch des ordentlichen Gerichts, daß ein Gewerbegericht oder daß ein Kaufmannsgericht zuständig sei, bindet das betreffende Sondergericht *auch positiv*. Geht ja doch das Gesetz soweit, diesen Spruch auch örtlich für bindend zu erklären (§ 28 Satz 2 GGG.), was gar nicht denkbar wäre, wenn er nicht schon die in erster Linie klarzulegende sachliche Zuständigkeit feststellen würde.[2]) Daß über die Zuständigkeit des Sondergerichts nicht im Tenor, sondern nur in den Entscheidungsgründen des Prozeßurteils erkannt ist, verschlägt nichts. Im

[1]) So *Schalhorn*, Soz. Praxis 14 Sp. 130 f. Siehe dagegen *Wach*, Handbuch S. 497, *L. Seuffert*, CPO. § 36 Anm. 7, *Gaupp-Stein*, CPO. § 36 zu Note 22. Die Schalhornsche Unterscheidung zwischen absichtlichen und unabsichtlichen Uebergriffen ist unbrauchbar. Uebrigens dürfte es nicht einmal zweifellos sein, daß der § 36 Nr. 5 CPO. im Verhältnisse zwischen dem besonderen und dem ordentlichen Gerichte gilt. Für den § 36 Nr. 6 CPO. hat das Kammergericht in einem Falle, in dem der § 28 GGG. außer acht gelassen worden war, die Anwendbarkeit bejaht (Beschl. v. 1. 6. 1901 v. Schulz-Schalhorn a. a. O. S. 307 ff.). Sicher ist, daß der § 36 Nr. 6 CPO. Platz greift, wenn zwei Gewerbegerichte oder zwei Kaufmannsgerichte, deren eines *örtlich* zuständig sein muß, beide ihre örtliche Zuständigkeit verneint haben. § 26 GGG., § 16 KGG. Siehe den Text unter II 2 u. III.

[2]) Andererseits kann das Gericht wiederum zur Verneinung seiner sachlichen Zuständigkeit nur gelangen, wenn es sich davon überzeugt hat, daß ein örtlich zuständiges Kaufmannsgericht (Gewerbegericht) vorhanden ist. Nicht für jeden Bezirk bestehen solche Sondergerichte. Fehlen sie, dann bewendet es bei der ordentlichen Gerichtsbarkeit.

unmittelbaren Bereiche des § 11 CPO. wird dies meist der Fall sein, da die Praxis den nichtssagenden Tenor „die Klage wird abgewiesen“ trotz aller Abmahnung beibehält. Der Satz, nur der Tenor erwachse in Rechtskraft, ist ein überwundener Standpunkt.[1])

Die Zuständigkeit braucht nur *zur Zeit der Klagerhebung* gegeben zu sein (§ 263 Nr. 2 CPO.). War das angerufene ordentliche Gericht zu dieser Zeit zuständig, so bleibt es zuständig, wenn hinterher für seinen Sprengel ein Kaufmannsgericht in Tätigkeit tritt. Das ist insbesondere *für die Uebergangszeit* von Belang. Vor dem 1. Januar 1905 (oder der späteren Eröffnung des Sondergerichts) entstandene (vgl. § 22 KGG.), zur Zuständigkeit der Kaufmannsgerichte gehörende Ansprüche können bis zum 31. Dezember 1904 schlechthin vor den ordentlichen Gerichten anhängig gemacht und damit dauernd der ordentlichen Gerichtsbarkeit erhalten werden. Diese Folgerung zieht ausdrücklich der § 21 KGG. (entsprechend § 87 GGG.). Vorausgesetzt wird aber, daß die Sache bereits „anhängig“ geworden, daß also die Klage bereits „erhoben“ ist (§§ 253 I, 281, 500 II, 510 II CPO.). Es genügt demnach keineswegs, wenn die Klageschrift vor Ablauf des Jahres 1904 beim ordentlichen Gericht eingereicht, aber dem Beklagten noch nicht zugestellt wurde. Andrerseits ist klar, daß die Partei die Klagerhebung aufschieben kann, um den Beginn der Sondergerichtsbarkeit abzuwarten.

2. *Was das Verhältnis zwischen Kaufmannsgerichten und Gewerbegerichten* betrifft, so ist vor allem festzuhalten, daß jedem dieser Sondergerichte eine andere Gerichtsbarkeit und eben nur diese zukommt. Eine *Prorogation* (§§ 38 ff. CPO.) vom Kaufmannsgericht auf das Gewerbegericht oder umgekehrt ist ausgeschlossen. Der Zusammenhalt der §§ 16 I KGG., 26 GGG. mit §§ 38 ff. CPO. ergibt lediglich, daß *unter* Kaufmannsgerichten wie *unter* Gewerbegerichten Vereinbarungen über die örtliche Zuständigkeit statthaft sind. Die Unzulässigkeit einer Prorogation vom einen Sondergericht an das andere bestätigt auch der § 16 III KGG. Diese Vorschrift gebietet *eine Verweisung von Amts wegen*[2]) für den Fall, daß eine Gewerbegerichtssache vor das Kaufmannsgericht *oder*[1]) eine Kaufmannsgerichtssache vor das Gewerbegericht gebracht worden ist. Die Verweisung geschieht durch einen sofort mit der Verkündung rechtskräftigen „Beschluß“, der den Prozeß unmittelbar an das zuständige Sondergericht überleitet und damit die materiellen[2]) wie die formellen[3]) Aeußerungen der Rechtshängigkeit aufrecht erhält (ebenda Satz 2). Hinsichtlich der Kosten wird das Verfahren vor dem unzuständigen und vor dem zuständigen Sondergericht als Einheit behandelt (ebenda Satz 3). Für das Sondergericht, an das die Verweisung erfolgt, ist die Unzuständigkeitserklärung des verweisenden Gerichts bindend (§ 16 II KGG.). Ist das angegangene Sondergericht *zugleich örtlich* unzuständig, so muß die Klage durch Prozeßurteil abgewiesen werden. Eine Verweisung an das erst noch zu ermittelnde örtlich zuständige Sondergericht eines anderen Sprengels findet nicht statt. Mit Unrecht hat man[4]) aus der Fassung des § 16 III KGG. das Gegenteil erweisen wollen. Diese Vorschrift setzt wie die entsprechenden §§ 276, 505, 506 CPO. die örtliche Zuständigkeit stillschweigend voraus. Sonst würde man sich fragen müssen, warum nicht auch bei *bloß* örtlicher Unzuständigkeit — rechtzeitige Rüge oder Nichtverhandeln des Beklagten vorausgesetzt — Verweisung eintritt. Auch bindet nach § 16 II KGG. (anders § 28 Satz 2 GGG., § 16 I KGG.) die Verweisung nur in sachlicher, nicht auch in örtlicher Hinsicht.

3. *Schiedsverträge* (§§ 1025 ff. CPO.), durch welche die Zuständigkeit der Kaufmannsgerichte für *künftige* Streitigkeiten ausgeschlossen wird, sind schlechterdings *nichtig* (§ 6 II KGG.). Der Entwurf wollte der milderen Vorschrift des § 6 II GGG. folgen; der Reichstag entschied sich mit Rücksicht auf das Mißtrauen der Gehilfenkreise gegen die in gewissen kaufmännischen Betrieben, namentlich bei Warenhäusern, übliche Verhinderung des Prozesses durch Schiedsvertrag (vgl. § 274 Nr. 3 CPO.) für die strengere Fassung (Komm.-Ber. S. 16). Die Schlichtung *bereits ausgebrochener* Streitigkeiten kann dem Kaufmannsgerichte durch Schiedsvertrag entzogen werden.

III. *Die örtliche Zuständigkeit* der Kaufmannsgerichte entspricht derjenigen der Gewerbe-

---

[1]) Im Ergebnis übereinstimmend *Neukamp* im Bank-Archiv 4. Jahrg. S. 43 f.; abw. Soziale Praxis 1904 Spalte 1370 f.

[2]) Anders der für die Fassung des § 16 III KGG. vorbildliche § 506 CPO., der (wie die sachlich unserem Fall entsprechenden §§ 276, 505 CPO.) einen *Parteiantrag* voraussetzt. — Im Preuß. Verwaltungsblatt 1904 S. 732 führt *Baum* aus, es sei trotz des § 16 III KGG. möglich, eine beim Gewerbegericht erhobene, aber vor das Kaufmannsgericht gehörende Klage durch das unzuständige Gewerbegericht entscheiden zu lassen und umgekehrt, nämlich auf Grund eines *Schiedsvertrages* der Parteien im Sinne der §§ 1015 ff. CPO. (beipflichtend v. *Meyeren* S. 36). Indessen: einmal würde dann das Sondergericht auch nur als Schiedsgericht erkennen (siehe besonders § 1042 CPO.); zweitens besteht durchaus keine Pflicht zur Annahme dieses Schiedsrichteramtes; drittens läßt sich die ganze Aufstellung, wenn die Klage vor dem Sondergericht als solchem erhoben ist, mit dem kategorischen Gebote des § 16 III KGG. („hat zu verweisen“) nicht vereinbaren.

[1]) So ausdrücklich § 16 III Satz 4 KGG., den *Kleinfeller*, Zivilprozeßrecht S. 57, wohl nur übersehen hat.

[2]) Es dauert also insbesondere die Verjährungsunterbrechung fort (§§ 209, 211 BGB.). Der § 212 I BGB. („abweisendes Urteil“) paßt nicht; was § 212 II BGB. fordert, ist durch die Verweisung erübrigt. Siehe ferner §§ 284 f., 291 f. BGB.

[3]) §§ 263 ff. CPO.

[4]) So *Kulka* S. 50.



gerichte (§ 16 I KGG. mit § 27 GGG.). Demzufolge stehen dem Kläger zur Wahl: das Gericht des Erfüllungsortes, das Gericht der gewerblichen Niederlassung des Prinzipals und das Gericht des Wohnsitzes beider Parteien. Da diese Gerichtsstände nicht für ausschließlich erklärt sind, können die Parteien ihren Streit auch vor irgend einem anderen deutschen Kaufmannsgericht austragen (§§ 39 ff. CPO.), ohne daß dem angerufenen Gericht ein Widerspruch zustände. So selbst dann, wenn ein an sich örtlich zuständiges Kaufmannsgericht fehlt.

1. Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes (vgl. § 29 CPO.) ist dort begründet, wo die streitige Verpflichtung, wenn sie zu Recht besteht,[1]) nach Uebereinkunft oder ergänzender Gesetzesvorschrift (§§ 269, 270 IV BGB.) erfüllt werden muß.

Wird in der Klage die Vereinbarung eines anderen Erfüllungsortes nicht behauptet, so kommt es lediglich darauf an, wo die den Urteilsgegenstand bildende Verpflichtung — falls sie besteht — nach dem Gesetze zu erfüllen ist. Dadurch allein, daß der Kläger an einem bestimmten Orte Erfüllung fordert, wird der Gerichtsstand nicht begründet (vgl. RG. v. 24. Sept. 1901 Bd. 49, 72). Behauptet der Kläger aber die Vereinbarung eines Erfüllungsortes, so muß er dies im Streitfalle beweisen. Im Falle des § 331 CPO. erübrigt sich der Beweis.

Bei gegenseitigen Schuldverhältnissen, insbesondere auch beim kaufmännischen Dienstvertrage, kann der Erfüllungsort für jede der beiden Leistungen verschieden sein. Meist sind beide am selben Orte zu erfüllen und dieser Erfüllungsort zugleich Handelsniederlassung des Prinzipals und Arbeitsstelle des Bediensteten. Die Vertragsstrafe wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung positiver Pflichten (§ 5 Nr. 4 KGG.) ist mit Rücksicht auf die Abhängigkeit der Strafschuld von der Hauptverbindlichkeit im Zweifel dort zu zahlen, wo die Hauptleistung zu bewirken ist (vgl. RG. v. 20. April 1886 Bd. 15, 437). Doch kann sehr wohl auch ein besonderer Erfüllungsort für die Vertragsstrafe bedungen sein. Letzteres gilt namentlich auch für die Vertragsstrafe wegen Uebertretung des Konkurrenzverbots (§ 5 Nr. 5 KGG., §§ 75 II, III, § 76 HGB.). Ist eine Vertragsstrafe zur Sicherung dieses Verbots nicht vereinbart, so geht der Anspruch des Prinzipals auf Unterlassung (Einstellung) des Konkurrenzbetriebes und gegebenen Falles auf Schadensersatz. Auch für die Erfüllung der Pflicht zur Konkurrenzunterlassung kommt, mag nun diese Pflicht durch Vertragsstrafe gesichert sein oder nicht, der § 269 BGB. subsidiär zur Anwendung, d. h. Erfüllungsort für die Hauptpflicht der Konkurrenzunterlassung sowie für ihre Ersatz- und Nebenverbindlichkeiten ist im Zweifel der Wohnsitz des Gehilfen oder Lehrlings zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses (vgl. RG. v. 5. Mai 1902 Bd. 51, 314). Der Anspruch auf eine Vertragsstrafe, die nicht der Gehilfe oder Lehrling, sondern ein Dritter, wäre es auch Vater oder Mutter, persönlich versprochen hat, gehört nicht zur Zuständigkeit der Kaufmannsgerichte. Der persönlich verpflichtete elterliche Gewalthaber wird nicht als „gesetzlicher Vertreter“ belangt (vgl. GG. Berlin v. 16. Mai 1898 v. Schulz-Schalhorn S. 297). Die Klagen auf Feststellung des Nichtbestehens oder Auflösung des Dienst- oder Lehrverhältnisses (§ 5 Nr. 1 KGG.) gehören vor das Gericht des Ortes, an dem der Kläger (als Schuldner) die Verbindlichkeit, wenn sie bestände oder bei Bestand bliebe, zu erfüllen hätte (RG. v. 2. Mai 1883 Bd. 10, 352 u. a.).

2. Gewerbliche Niederlassung ist nur eine zum unmittelbaren und selbständigen Geschäftsabschluß ermächtigte Betriebsstelle, nicht eine bloß geschäftsvermittelnde Agentur (§ 21 I CPO.). Der § 27 GGG. fordert, daß sich im Gerichtsbezirke „die“ — nicht nur „eine“ (so § 21 I CPO.) — gewerbliche Niederlassung befindet. Doch dürfte die „entsprechende“ Anwendbarkeit dieses Satzes auf die Kaufmannsgerichte (§ 15 I KGG.) im Zusammenhalte mit § 21 CPO. ergeben, daß außer der Hauptniederlassung des Prinzipals auch eine Zweigniederlassung den Gerichtsstand für solche Kaufmannsgerichtssachen begründet, die sich auf den Geschäftsbetrieb dieser Zweigniederlassung beziehen. Der zur Zeit der Klagerhebung begründete Gerichtsstand dauert fort, auch wenn im Laufe des Prozesses die Niederlassung wegfällt (§ 263 Nr. 2 CPO.). Andererseits muß es genügen, wenn die Niederlassung zur Zeit der Schlußverhandlung besteht (vgl. RG. vom 8. Juli 1902, Bd. 52, 136).[1])

---

[1]) Diese Hauptfrage bleibt bei Beurteilung der Vorfrage des Gerichtsstandes dahingestellt: der Gerichtsstand ist hypothetisch bestimmt. Dementsprechend enthält die Bestreitung der Verbindlichkeit nicht schon als solche eine Zuständigkeitsbestreitung. Andererseits greift die richterliche Bejahung des Gerichtsstandes der Sachentscheidung über den Bestand der Verbindlichkeit nicht vor. — Die Rechtsprechung siehe in den Kommentaren der CPO, namentlich bei L. Seuffert und Gaupp-Stein zu § 29.

[1]) Mit Recht weist das RG. darauf hin, daß nach § 263 Nr. 2 CPO. nur die Aufrechterhaltung der bei Prozeßbeginn bestehenden Zuständigkeit, nicht die Festlegung der Unzuständigkeit eine Aeußerung der „Rechtshängigkeit“ ist (perpetuatio „fori“!). Die ursprüngliche Unzuständigkeit zu perpetuieren, hätte keinen Sinn; das Ergebnis wäre zwecklose Vervielfältigung der Prozesse. Abw. freilich noch neuestens L. Seuffert CPO. 9. Aufl. I S. 379. Andrerseits ist die Begründung des Urteils (S. 138) nicht völlig einwandfrei. Der Zuständigkeitsmangel wird nicht nur auf „Einrede“ beachtet. Alle Zuständigkeit, auch die auf nachgiebiger Satzung beruhende, ist vielmehr von Amts wegen nachzuprüfen. Das zeigt sich bei Säumnis des Beklagten. Nur kann eben, wenn dieser verhandelt, auch eine nach § 39 CPO. anzunehmende Prorogation die Zuständigkeit schaffen. Aus § 274 Nr. 1 CPO. folgt lediglich, daß für die Rüge der Unzuständigkeit die Besonderheiten der „prozeßhindernden Einreden“ gelten.

3. Der Wohnsitzgerichtsstand setzt voraus, daß nicht nur der Beklagte (so der § 13 CPO.), sondern daß Kläger und Beklagter ihren „Wohnsitz" im Rechtssinne (nicht nur ihren tatsächlichen Wohnort) innerhalb des Gerichtsbezirkes haben. Auch hier gilt, wie unter 2, der Satz: die bei Prozeßbeginn begründete Zuständigkeit dauert fort, auch wenn die Parteien ihren Wohnsitz während des Prozesses anderswohin verlegen (§ 263 Nr. 2 CPO.); andrerseits genügt es, daß der beiderseitige Wohnsitz zur Zeit der Schlußverhandlung im Bezirke des Gerichts besteht (RG. a. a. O.). Wie der Wohnsitz begründet und aufgehoben wird, bestimmen die §§ 7 ff. BGB. (Enneccerus, Bürg. Recht 3. Aufl. § 89). Hier sei nur betont, daß ein in der Geschäftsfähigkeit beschränkter (§§ 106, 114 BGB.) Gehilfe oder Lehrling zur Begründung wie zur Aufhebung des Wohnsitzes der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters bedarf (§ 8 BGB.) und daß der gesetzliche Wohnsitz des Kindes auch nach Eintritt der Volljährigkeit solange fortdauert, bis ihn der Volljährige tatsächlich und rechtsgültig aufhebt (§§ 7, III, 8, 11 BGB.). Das Gesetz spricht nur vom „Wohnsitze". Es versteht sich aber von selbst, daß, wenn der Prinzipal eine Handelsgesellschaft ist, deren „Sitz" entscheidet (vgl. § 17 CPO.). Meist wird freilich das Gericht des Sitzes schon als Gericht der Handelsniederlassung zuständig sein. Indessen brauchen Sitz und Niederlassung keineswegs zusammenzufallen (vgl. Staub, HGB. § 33 Anm. 9).

### C. Die Organisation der Kaufmannsgerichte.

I. Die Errichtung ist wie die der Gewerbegerichte „für" [1]) Gemeinden mit mehr als 20000 Einwohnern geboten, für kleinere Gemeinden freigestellt, aber im Bedarfsfalle durch die Landeszentralbehörde [2]) auf Antrag beteiligter Kaufleute oder Handlungsgehilfen erzwingbar. Auch für den Bezirk eines weiteren Kommunalverbandes [3]) kann ein Kaufmannsgericht errichtet werden. Die Errichtung erfolgt durch ein Statut, das die wichtigsten organisatorischen Vorschriften enthalten muß. Das Ortsstatut bedarf der Genehmigung der höheren Verwaltungsbehörde.[4]) Vor der Errichtung hat die Gemeinde den beteiligten Kreisen

[1]) Nicht notwendig „in" solchen Gemeinden. Nachbarstädte können ein gemeinschaftliches Kaufmannsgericht errichten. Vgl. zur Frage der Errichtung auch v. Boenigk D. Jur.Ztg. 1904 S. 979 ff.

[2]) Bayern: Staatsministerium des Kgl. Hauses und des Aeußern, das nun nach § 1 Kgl. Verordnung vom 10. Nov. 1904, betr. die Formation der Staatsministerien (G. u. VBl. S. 567) auch Ministerium für Handel und Gewerbe ist; Preußen: Handelsminister und Minister des Innern.

[3]) Bayern: Distriktsgemeinde, vertreten durch den Distriktsrat; Preußen: Provinzial- und Kreisverbände und bestimmte andere Verbände (v. Meyeren S. 145 und 148).

[4]) Bayern: Regierung, Kammer des Innern; Preußen: Bezirksausschuß, im Stadtkreise Berlin der Oberpräsident.

(mit Ausschluß der Lehrlinge) Gelegenheit zur Aeußerung zu bieten. §§ 1, 2, 7 KGG. Die Landeszentralbehörde kann die örtliche Zuständigkeit eines auf ihre Anordnung errichteten Kaufmannsgerichts von Amts wegen ausdehnen. § 3 KGG. Die Kosten der Einrichtung und Unterhaltung des Gerichts sind, soweit sie nicht durch seine Einnahmen — Gebühren, Kosten, Strafen[1]) — gedeckt werden, von der Gemeinde oder dem weiteren Kommunalverbande zu tragen und zwar auch dann, wenn die Landeszentralbehörde die Errichtung erzwungen hat. § 8 KGG. Erscheinen sonach die Kaufmannsgerichte auch als kommunale Einrichtungen, so sind sie doch durch das Gesetz als „besondere Gerichte" zur Ausübung der staatlichen Gerichtsgewalt berufen und sprechen demnach (wie die Gewerbegerichte) Recht im Namen des Trägers der staatlichen Gerichtshoheit.[2])

Für ein und dieselbe Gemeinde, auch für die Großstadt, darf nur ein einziges Kaufmannsgericht errichtet werden (anders § 7 I GGG.). So kann es vorkommen, daß wichtige Berufszweige nicht durch Standesgenossen im Kaufmannsgerichte vertreten sind, wie es denn überhaupt um die gepriesene Sachkunde der Beisitzer bei der Verschiedenartigkeit der kaufmännischen Betriebe im Einzelfall oft recht fragwürdig bestellt sein wird.[3]) Große Kaufmannsgerichte können mehrere Abteilungen (Kammern) bilden und die Geschäfte nach Berufszweigen unter Zusammenfassung[4]) verwandter Betriebe verteilen (§ 9 II KGG.). Die Geschäftsverteilung ist durch das Statut zu regeln.

II. Die Besetzung der Kaufmannsgerichte ist eingehend geordnet durch die §§ 9—15 KGG. mit §§ 15, 17 I, 18—20, 21 I u. III, 22—25, 88 GGG. Hervorgehoben sei:

1. Das Kaufmannsgericht ist Kollegialgericht. Es verhandelt und entscheidet regelmäßig in der Besetzung von drei Mitgliedern mit Einschluß des Vorsitzenden (§ 15 KGG. mit § 24 GGG.).

a) Der Vorsitzende und der für jedes Kaufmannsgericht zu wählende Stellvertreter des Vorsitzenden dürfen weder Kaufleute noch Handlungsgehilfen sein und sollen regelmäßig — wie S. 1 f. dargelegt wurde — die Befähigung zum Richteramte haben. §§ 9, 11 KGG. Die Organe des Kommunalverbands sind auch dann zum Vorsitzeramte befähigt, wenn der Verband selber Kaufmann ist. § 14 Satz 2 KGG. Den Vorsitzenden (samt Stellvertreter) wählt der Magistrat (Ge-

[1]) §§ 15 II, 16 KGG. mit §§ 23, 38 III, 58, 60 GGG.

[2]) Bayern: „Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern"; Preußen: „Im Namen des Königs."

[3]) Neukamp im Bank-Archiv 4 S. 41 f.

[4]) Freilich wird auch hier die Zusammenfassung oftmals ernsten Schwierigkeiten begegnen. Vgl. Harms, Holländische Arbeitskammern, Heft 12 (1903), Schriften der Gesellschaft für soziale Reform.

meindeausschuß, Gemeinderat)[1]) auf mindestens ein Jahr. Die Wahl bedarf der Bestätigung der höheren Verwaltungsbehörde, es sei denn, daß der Gewählte Staats- oder Gemeindebeamter ist und sein Hauptamt kraft staatlicher Ernennung oder Bestätigung bekleidet. Der Bestätigung bedarf es auch dann nicht, wenn der Vorsitzende (Stellvertreter) schon Vorsitzender eines nach §§ 1, 2 GGG. am Sitze des Kaufmannsgerichtes errichteten Gewerbegerichtes ist. Besteht nämlich ein solches Gewerbegericht, so sollen regelmäßig Gewerbe- und Kaufmannsgericht denselben Vorsitzenden (Stellvertreter) und gemeinsame Geschäftseinrichtungen (Gerichtsschreiberei, Räumlichkeiten, Bedienstete) haben. §§ 9 III, 11 II, III KGG. In der Empfehlung dieser Personalunion und Bureau-Gemeinschaft erschöpft sich die „Angliederung" der Kaufmannsgerichte an die Gewerbegerichte. Der Anschluß besteht also in einer ganz losen und äußerlichen, nicht in einer organischen Verbindung. Beide Sondergerichte stehen selbständig nebeneinander, wenn sie auch eine ganz entsprechende Gerichtsverfassung haben und nach den gleichen Verfahrensvorschriften tätig werden.

b) Die Beisitzer müssen zur Hälfte Kaufleute, zur Hälfte Handlungsgehilfen sein. Jede Gruppe wird von ihren Standesgenossen gewählt. Wahlbefugnis und Wählbarkeit sind in der Hauptsache wie bei den Gewerbegerichten geregelt. Frauen entbehren das aktive und passive, Personen unter 25 Jahren das aktive, Personen unter 30 Jahren grundsätzlich das passive Wahlrecht.[2]) Die Beisitzerwahl ist unmittelbar und geheim. Die für die Gewerbegerichte freigestellte Verhältniswahl ist hier geboten, ihre nähere Regelung aber dem Statut überlassen.[3]) Die Wahl erfolgt auf 1—6 Jahre. Wiederwahl ist zuläßig. Das Beisitzeramt ist Ehrenamt; Reisekosten und Zeitversäumnis werden vergütet (Zurückweisung unzuläßig). Die Uebernahme des Amtes kann nur aus Gründen abgelehnt werden, die zur Ablehnung unbesoldeter Gemeindeämter berechtigen, eventuell aus Vormundschaftsablehnungsgründen (§ 1786 BGB.). Näheres §§ 9, 10, 12—15 KGG.

[1]) Näheres § 11 I KGG. mit § 4 der bayer. Vollzugsverordnung vom 3. Aug. 1904; für Preußen siehe v. Meyeren S. 21 Anm. 4.

[2]) Die Reichstagskommission hatte beschlossen, das aktive Wahlrecht auf Frauen und Personen über 21 Jahre zu erstrecken. Nur die bestimmte Erklärung der Regierung, daß damit das Gesetz unannehmbar werde, veranlaßte den Reichstag, von diesem Standpunkt abzugehen (Komm.-Ber. S. 34 ff., Sten. Ber. S. 3049 ff., 3064 ff., 3227 ff.). Handlungsgehilfen mit mehr als 5000 Mk. Jahresarbeitsverdienst haben kein Wahlrecht (§ 4 KGG.).

[3]) Siller, Grundlagen und Ziele der Verhältniswahl (Berlin 1903); Siegfried, Proportionalwahl bei den Gewerbegerichten (Königsberg 1904); siehe ferner v. Schulz, KGG. (1905, während der Korrektur erschienen) S. 57 ff. mit Zitaten.

**D. Die Besonderheiten des Prozeßverfahrens.**

I. Das Verfahren vor dem Kaufmannsgericht ist ein vereinfachter, beschleunigter und verbilligter Amtsgerichtsprozeß nach Art des gewerbegerichtlichen Verfahrens (§ 16 I 1 KGG. mit §§ 26—61 GGG.). Danach steht der Prozeßbetrieb beim Gerichte, nicht bei den Parteien. Insbesondere sind die Zustellungen von Amts wegen in vereinfachter Form zu bewirken, die erforderlichen Verhandlungstermine durch den Vorsitzenden von Amts wegen möglichst nahe anzusetzen, die Ladungen durch den Gerichtsschreiber von Amts wegen zu veranlassen (§§ 32—36 GGG.). Die nicht auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergehenden Beschlüsse und Verfügungen erläßt der Vorsitzende grundsätzlich allein (§ 53 GGG.). Auch kann dieser in dem ersten auf die Klage angesetzten Termin allein das Versäumnisurteil und auf Antrag beider Parteien bei Spruchreife der Sache selbst das kontradiktorische Endurteil erlassen. Sonst sind zur Entscheidung die Beisitzer zuzuziehen (§ 54 GGG.). In erster Linie ist ein Sühneversuch anzustreben. Glückt der Vergleich, so wird er protokolliert und den Parteien vorgelesen. Andernfalls wird verhandelt mit der Besonderheit, daß der Vorsitzende das persönliche Erscheinen der Parteien durch Geldstrafe (bis 100 Mark) erzwingen kann. §§ 41, 42, 54 III GGG. Wie schon bemerkt, sind Rechtsanwälte (samt Substituten) und Prozeßagenten als gewillkürte Vertreter (Prozeßbevollmächtigte oder Beistände) nicht zugelassen (§ 31 GGG.) und zwar weder zum Verhandeln noch zu schriftlichen Eingaben. Als gesetzliche Vertreter einer Partei (z. B. als elterlicher Gewalthaber, Vormund, Pfleger, Konkursverwalter, Organ einer Handelsgesellschaft) können sie auftreten. Nur bleibt zu beachten, daß solchenfalls der Rechtsanwalt eben nicht die Vorrechte seines Standes genießt, also insbesondere nicht nach § 157 IV CPO. geschützt und, was die Sitzungspolizei betrifft (§ 38 GGG.), den §§ 178, 179, nicht dem § 180 GVG. unterworfen ist. Auch wird er weder für seine vertretende noch für seine beratende Berufstätigkeit in Kaufmannsgerichtssachen nach Maßgabe der Gebührenordnung für Rechtsanwälte entlohnt (§ 1 GO. f. RA.). Dem Beweisverfahren ist eigentümlich eine Beschränkung des Zeugen- und Sachverständigeneides (§ 44 GGG.) und die Ermächtigung des Gerichts, Schiedseide nach freier Wahl entweder durch bedingtes Urteil oder durch Beweisbeschluß aufzuerlegen (§§ 45 GGG.). Berufungs- und einspruchsfähige Endurteile sind von Amts wegen für vorläufig vollstreckbar zu erklären, wenn der Gegenstand „der Verurteilung" an Geld oder Geldeswert den Betrag von 300 Mark nicht übersteigt, außerdem stets, wenn sie Streitigkeiten der Nr. 1 des § 5 KGG. betreffen. Sonst gelten für die Vollstreckung (auch der Vergleiche), für Arreste und einstweilige Verfügungen die entsprechenden Vorschriften der CPO.

Dabei hat das Kaufmannsgericht nur als „Prozeßgericht" tätig zu werden (z. B. als Gericht der Vollstreckungsgegenklage, §§ 767 ff., 781 ff. CPO.). Arrestbefehle und einstweilige Verfügungen in Kaufmannsgerichtssachen erläßt das Kaufmannsgericht als „Gericht der Hauptsache" (in dringenden Fällen nach Maßgabe des § 944 CPO. der Vorsitzende allein), aber unbeschadet der Zuständigkeit des „Amtsgerichts" als solchen (§§ 919, 937 I, 942 I, 943 I CPO.). „Vollstreckungsgericht" ist immer das Amtsgericht. Organ des körperlichen Zwanges ist der von den Parteien mit der Zwangsvollstreckung zu betrauende Gerichtsvollzieher. § 57 GGG. Für jeden Rechtsstreit vor dem Kaufmannsgerichte wird nur eine einzige, nach dem Streitwert abgestufte, niedrige Gebühr erhoben. Daneben kommen bare Auslagen in Ansatz, jedoch nicht für Schreibgebühren und Zustellungen. Das Statut kann vorschreiben, daß Gebühren und Auslagen in geringerem Betrag oder gar nicht erhoben werden. § 58 GGG.

II. Die Rechtsbehelfe gegen Entscheidungen der Kaufmannsgerichte sind erheblich beschränkt. Die Einspruchsfrist ist auf drei Tage verkürzt, wird aber bereits durch den bei Gericht eingereichten oder zu Protokoll erklärten Einspruch gewahrt. Im Versäumnisurteil muß die Partei über Form und Frist der Anfechtung belehrt werden, widrigenfalls das Urteil die Einspruchsfrist nicht in Lauf zu setzen vermag.[1]) Bei wiederholter Säumnis gilt der Einspruch als zurückgenommen, so daß es nicht erst eines ihn verwerfenden Urteils bedarf. § 40 GGG. Die Berufung gegen Nichtversäumnisurteile ist, wie schon dargelegt, nur zulässig, wenn der Wert des Streitgegenstandes den Betrag von 300 Mk. übersteigt (§ 16 I 2 KGG.). Für die Beschwerde gilt diese Schranke nicht; doch sind Kostenfestsetzungen (§§ 103 I, 104 ff. CPO.), nicht auch die Verurteilung zur Tragung der Kosten (§ 99 CPO.), unanfechtbar. Berufung und Beschwerde gehen an die Zivilkammer des Landgerichts. Die Kammer für Handelssachen ist — anders als nach § 30 FGG. — zur zweitinstanzlichen Erledigung der den Kaufmannsgerichten zugewiesenen Handelssachen ebensowenig berufen als zur Nachprüfung amtsgerichtlicher Entscheidungen in streitigen Handelssachen (§§ 71, 101 GVG.). § 55 GGG. Eine Wiederaufnahme des Verfahrens findet nach Maßgabe der §§ 578 ff. CPO. statt (arg. § 26 GGG.). Doch darf auf einen Mangel der Wahl oder Wählbarkeit eines Beisitzers, abgesehen von Verstößen gegen § 10 I KGG., weder die Berufung noch die Nichtigkeitsklage gestützt werden. § 56 GGG.

III. In Ermangelung eines örtlich zuständigen Kaufmannsgerichtes kann jede Partei bei Streitigkeiten des § 5 Nr. 1 und 5 KGG. die vorläufige Sachentscheidung des Gemeindevorstehers (Bürgermeisters) anrufen, solange das ordentliche Gericht noch nicht angegangen ist. Die Entscheidung des Gemeindevorstehers erwächst in Rechtskraft, wenn nicht binnen einer Notfrist von zehn Tagen Klage zum ordentlichen Gericht erhoben wird, und ist von Amts wegen für vorläufig vollstreckbar zu erklären. Die Vollstreckung (auch der Vergleiche vor dem Gemeindevorsteher) erfolgt im Verwaltungszwangsverfahren, nur subsidiär nach Maßgabe der CPO. § 19 KGG. mit §§ 76 II, III 78—80 GGG. (eine angesichts der Bedeutung und Schwierigkeit der hierher gehörenden Streitsachen kaum begreifliche Verirrung des Gesetzgebers).

IV. Die Vorschriften über die Gerichtsferien (§§ 201 ff. GVG.), die an sich nur für die ordentlichen Gerichte gelten (§ 2 EG. z. GVG.), sind nicht übernommen: Gewerbe- und Kaufmannsgerichtssachen haben keine Ferien. Dagegen sind die Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes über Oeffentlichkeit, Sitzungspolizei und Gerichtssprache ausdrücklich für anwendbar erklärt (§ 38 GGG. mit §§ 173—193 GVG.).

**E. Nebenaufgaben der Kaufmannsgerichte.**[1])

I. Als Einigungsamt kann das Kaufmannsgericht angerufen werden bei Streitigkeiten zwischen Kaufleuten und Handlungsgehilfen oder Handlungslehrlingen über die Bedingungen der Fortsetzung oder Wiederaufnahme des Dienst- oder Lehrverhältnisses. In dieser Eigenschaft soll das Kaufmannsgericht, besetzt mit dem Vorsitzenden und mit Vertrauensmännern beider Gruppen in gleicher Zahl, ausgebrochene oder drohende Ausstände oder Aussperrungen friedlich beizulegen suchen. Kommt eine Vereinbarung zustande, so ist ihr Inhalt — von allen Mitgliedern des Amtes und den Vertretern beider Gruppen unterzeichnet — öffentlich bekannt zu machen. Andernfalls hat das Einigungsamt einen Schiedsspruch abzugeben, der den beiderseitigen Vertretern zur Erklärung vorzulegen und mit den abgegebenen Erklärungen zu veröffentlichen ist. Diese Kundgebungen sollen einen moralischen Druck auf die Beteiligten ausüben; erzwingbar ist weder die gütliche Vereinbarung noch der Schiedsspruch. § 17 KGG. mit §§ 63—73 GGG.

II. Auf amtliches Ersuchen hat das Kaufmannsgericht Gutachten über Fragen des kaufmännischen Dienst- oder Lehrverhältnisses abzugeben. Auch ist es berechtigt, in Fragen dieser Art Anträge an Behörden, Vertretungen von Kommunalverbänden und gesetzgebende Körperschaften zu richten. Die Gutachten können vom Plenum oder von Ausschüssen des Gerichts erstattet, die Anträge von Ausschüssen lediglich vorbereitet werden. Näheres bestimmt das Statut. § 18 KGG. entsprechend § 75 GGG.

[1]) Menzinger-Prenner, KGG. S. 94 Anm. 6 bezweifeln trotz der klaren Fassung des § 40 II GGG. die zwingende Natur der Vorschrift.

[1]) Vgl. die kritischen Betrachtungen von Fuchs im Archiv f. Sozialwissensch. u. Sozialpolitik Bd. 20 (1904) S. 101 ff.

# Leistungen „Zug um Zug".[1]

Von Universitäts-Professor Dr. **Paul Oertmann** in Erlangen.

(Schluß.)

## IV. Der Erfüllungsort bei Zug um Zug-Leistungen.

### a) Stand der Lehre.

Die bisher besprochene Frage, interessant an sich, mußte im Sinne meines Aufsatzes behandelt werden, um für die Entscheidung des eigentlichen Problems, zu der ich nunmehr übergehe, den grundlegenden Beurteilungsmaßstab zu gewinnen.

Wo ist bei Leistungen Zug um Zug der Erfüllungsort für die eine und die andere Partei?

1. Die praktische Bedeutsamkeit der Frage mindert sich nur teilweise durch die Erwägung, daß Geldschulden Bringschulden im Sinne des § 270 sind, d. h. der Schuldner das Geld auf seine Gefahr und Kosten dem Gläubiger an dessen Wohnsitz zu übermitteln hat. Allerdings dürfte bei den Fällen der Einrede des nicht erfüllten Vertrages, des Rücktrittes die eine der beiden Zug um Zug zu erfüllenden Verbindlichkeiten meist eine Geldschuld sein, und bei der Wandlung eines Kaufes ist das sogar ausnahmslos so. Aber durch die Uebermittlungspflicht des § 270 wird bekanntlich laut Abs. 4 daselbst der Erfüllungsort für die Geldschulden im übrigen nicht verändert; er behält seine Bedeutung insbesondere für den Gerichtsstand (CPO. § 29), und die Frage des Gerichtsstandes ist es daher denn auch in den weitaus meisten Fällen gewesen, deren Prüfung die Gerichte zu Untersuchungen über den Erfüllungsort bei Zug um Zug-Leistungen geführt hat.

Noch deutlicher springt die Bedeutung des Problems für die Fälle in die Augen, wo keine der beiden Leistungen auf Geld gerichtet ist — so bei den Erfüllungs- und Wandlungsansprüchen sowie beim Rücktritt vom Tausch und anderen sogen. Innominatverträgen, dann aber und vor allem bei zahlreichen Fällen des Zurückbehaltungsrechtes: überall da, wo der Schuldner gegenüber einem nicht auf Geld gehenden Anspruche nur gegen Quittung (§ 368), gegen Rückgabe des Schuldscheines (§ 371) zu erfüllen verpflichtet ist, stehen zwei nicht auf Geld gerichtete Zug um Zug-Leistungen in Frage.

2. Unter den bisherigen, fast ausnahmslos mit aphoristischer Kürze vorgetragenen Beantwortungen unseres Problems in der Literatur lassen sich verschiedene, teilweise freilich wenig scharf von einander abgehobene Gruppen sondern:

a) Die Erfüllungsorte für die beiderseitigen Verpflichtungen bestimmen sich auch im Falle der Zug um Zug-Leistung nach den allgemeinen Regeln, d. h. jeder hat grundsätzlich an seinem Wohnorte, bzw. dem Orte seiner Niederlassung, zu leisten; die Besonderheit der Leistungspflicht „Zug um Zug" bezieht sich nur auf die Zeit, nicht auch auf den Ort der beiderseitigen Leistungen.

So besonders Werner („Das Recht" 1902 S. 339/40), dem sich die tüchtige Erlanger Dissertation von Herbst („Der Gerichtsstand der Wandlungsklage 1904, S. 63 ff.) in diesem Punkte einfach anschließt. Für das frühere Gemeine und Preußische Recht haben sich ferner Weismann (Zeitschrift f. C.Pr. Bd. 17 S. 30 Anm. 24) und Westerburg (Gruchots Beiträge Bd. 25 S. 56 Anm. 21) insofern im gleichen Sinne entschieden, als sie die gegenteilige Lehre des Reichsgerichts (s. unten) anzweifeln. Umgekehrt ist für das neue Recht Staub dieser Anschauung zuzurechnen, der ihr früher fern stand (s. unten c). Seine Ausführungen in Aufl. 6/7 (Exkurs zu § 372 S. 230, § 7) beruhen darauf, daß er bei Leistungen Zug um Zug verschiedene Erfüllungsorte als möglicher-, ja wahrscheinlicherweise vorhanden unterstellt. Speziell für die Wandlung lassen es Oertmann (Kommentar zu § 467 BGB. Anm. 4) und Seuffert (desgl. zu § 29 CPO. Anm. 6 Abs. 3) bei den allgemeinen Regeln bewenden. Erfüllungsort für die Rückgabepflicht des Verkäufers ist in der Regel dessen Wohnsitz, nicht der Ort, wo die mangelhafte Sache sich befindet.

b) Daneben finden sich mittlere Meinungen. So läßt Gaupp-Stein (zu § 29 CPO. Nr. IV, 3), wenn ich ihn recht verstehe, für die beiderseitigen, Zug um Zug zu erfüllenden Verpflichtungen bei der Wandlung und beim Rücktritt einen einheitlichen Erfüllungsort da begründet sein, „wo sich die von dem einen Teile herauszugebende Sache befindet". Dagegen „für die Erfüllung zweiseitiger Verträge ist Zug um Zug-Leistung in diesem Sinne durch BGB. § 320 gesetzlich nicht vorgeschrieben"; ebensowenig „folgt daraus, daß einer der Kontrahenten ein Zurückbehaltungsrecht an gewissen Gegenständen hat", etwas für den Erfüllungsort des andern.

Einen eklektischen Standpunkt scheint auch Crome zu vertreten. Er geht davon aus (Lehrbuch II § 155 bei Anm. 41/2), daß sich bei gegenseitigen Verträgen für die Verpflichtung jedes Kontrahenten der Erfüllungsort selbständig bestimme. Aber es heißt dann weiter: „Soweit Zug um Zug zu leisten ist, muß der für die eine Leistung bedungene Erfüllungsort auch für die andere Leistung gelten."

Ich glaube das angesichts des vorhergehenden Satzes so verstehen zu sollen, daß das Schwergewicht auf das Wort bedungene zu legen ist:

[1] In Nr. 1 auf Seite 12 Zeile 11—12 von unten rechts ist statt des Satzes „Die Einrede ist eine richtige, sie beruht" zu lesen: „Die Einrede ist ein, richtiger: sie beruht auf einem besonderen Gegenrecht" ꝛc.

ist für die eine von derartigen Leistungen ein besonderer Erfüllungsort vertragsmäßig ausgemacht, so muß er im Zweifel als auch für die andere ausgemacht gelten. Doch mag es sein, daß Crome seine Bemerkung anders gemeint hat, dann wäre er ganz zur folgenden Gruppe zu rechnen. Bei der Wandlung jedenfalls steht er durchaus auf dem Standpunkt der herrschenden Lehre (II § 222 Anm. 80, 86): es entscheide wegen des Erfüllungsortes „das Prinzip der Zug um Zug-Leistung und der Erfüllungsort des Käufers". Dies, weil die Veranlassung zur Wandlung beim Verkäufer liege.

Der mittleren Gruppe ist endlich — für das Gemeine Recht — J. Burchard zuzurechnen (Dissertation „Zur Lehre vom Erfüllungsort, Kiel 1880). Er läßt beim Tausch jeden Kontrahenten zur Erfüllung an seinem Wohnort gehalten sein (S. 41), woraus sich ergibt, daß er an eine notwendige Identität der Erfüllungsorte bei Zug um Zug-Leistungen nicht glaubt. Dagegen beim Kauf entscheidet er unter Berufung auf das Allg. Landrecht I, 11, § 93 dahin, daß der Käufer den Kaufpreis immer da zu leisten habe, wo der Verkäufer zur Lieferung der Ware verpflichtet sei, d. h. mit Ausnahme einer dem Verkäufer etwa obliegenden Pflicht zum Bringen (nicht auch bei einer solchen zum Schicken) am Wohnorte des Verkäufers, s. S. 47/9. Dafür zieht er die beim Kauf geltende Regel an, daß Zug um Zug geleistet werde.

c) Die dritte Gruppe läßt allgemein bei Leistungen Zug um Zug den Erfüllungsort geändert werden, bzw. für beide Teile notwendig identisch sein. Dahin gehört vielleicht schon Crome (s. oben b), jedenfalls Staub in den früheren Auflagen. Er sagt (Aufl. 5 S. 855, zu Art. 342 des alten H.G.B. § 3):

> „Wenn der Kaufpreis bei der Uebergabe zu zahlen ist, so mag das immerhin zunächst eine Zeitvorschrift sein, aber mit naturgesetzlicher Notwendigkeit folgt hieraus, daß dann auch nur an dem Orte der Uebergabe zu zahlen ist. Man kann Zug um Zug gegen die Uebergabe nur zahlen, wenn man dort zahlt, wo übergeben wird. Jede örtliche Trennung von Uebergabe und Zahlung enthält auch eine zeitliche Trennung dieser Akte."

Aehnlich für das neue Recht im Supplement (S. 157): Die allgemeine Regel des BGB. § 320 führe zu dem gleichen Ergebnisse, wie der alte Art. 342 Abs. 3 des HGB., d. h. dahin, daß der Erfüllungsort des Käufers notwendig an dem Orte sei, wo ihm der Verkäufer die Ware zu übergeben habe.

Dieser Gruppe ist aber auch die ganze Schar der Autoren zuzurechnen, die zwar zunächst nur für die Wandlung eine Identität der beiderseitigen Erfüllungsorte aussprechen, aber mit einer aus dem allgemeinen Charakter der Zug um Zug-Leistung entnommenen Begründung. Dahin gehören besonders Dernburg („da die Wandlung Zug um Zug zu geschehen hat"), Endemann und Goldmann-Lilienthal, anscheinend auch Planck.[1]) Diese Meinung, in der Praxis fast unbeschränkt dominierend, dürfte auch in der Theorie als die herrschende zu bezeichnen sein.

3. Die Rechtsprechung zeigt gleichfalls keine Einstimmigkeit der Anschauung.

a) Auch hier fehlt es nicht an Stimmen, die durch die Eigenart der Zug um Zug-Leistung die sonst begründeten Erfüllungsorte nicht geändert werden lassen. Das ist für die Wandlung vom Reichsgericht, C.S. II, in einer zunächst für das Gebiet des Code civil bestimmten, aber allgemeiner argumentierenden Entscheidung unter dem 16. Dezember 1890 (Bd. 27 Nr. 103 S. 399) ausgesprochen: daß der Käufer „nur unter der Bedingung der Rückgabe des noch vorhandenen Kaufgegenstandes, wenn diese verlangt wird, den Kaufpreis zurückzufordern berechtigt ist", begründe nicht den Schluß, daß die Rückzahlung des Preises an dem Orte zu geschehen habe, wo sich die Ware befindet.

Eine treffliche Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg vom 11. November 1892 (Seuffert Bd. 49 Nr. 118 S. 208) gelangt zu demselben Ergebnis. Die Erwägung, daß der Verkäufer den Preis nur Zug um Zug gegen Zurückgabe der Ware zu leisten brauche, rechtfertige nicht eine Aenderung des übrigens begründeten Erfüllungsortes und damit Gerichtsstandes. „Denn es ist allein ein Recht (des Verkäufers), die beanspruchten Zahlungen . . . nur Zug um Zug gegen Auslieferung der Ware zu leisten"; er verletze aber keine ihm gegen den Käufer obliegende Verpflichtung, wenn er, von Mißtrauen gegen ihn absehend, mit der ihm obliegenden Leistung der Zahlung vorangehe und erst nachher sich die Ware ausliefern lasse.

b) Uebrigens finde ich in allen Entscheidungen die gegenteilige Lehre vertreten, bald allgemein, bald nur für den Fall der Wandlung, aber mit aus dem Wesen der Zug um Zug-Leistung entnommener Begründung.

α) Allgemeiner führt diesen Standpunkt aus die, leider wenig klar ausgedrückte und schlecht stilisierte Entscheidung des Reichsger., C.S. I vom 29. März 1890 (Seuffert Bd. 46 Nr. 37 S. 59 ff.). Die Ansicht des Berufungsgerichts, daß die bei einem Distanzkauf dem Käufer obliegende Pflicht zur Leistung Zug um Zug gegen Uebergabe der Ware den gesetzlichen Erfüllungsort für die Zahlungspflicht nicht ändere, wird ver-

[1]) Dernburg, Lehrbuch II § 186 Nr. III 4; Endemann, Lehrbuch II § 161 Anm. 43; Goldmann-Lilienthal, Bürg. Recht S. 503; Planck, Kommentar zu § 467 Nr. 2 f.

worfen: „Denn bei dieser Argumentation wird übersehen, daß es sich bei der Leistung „Zug um Zug" nicht bloß um die Gleichzeitigkeit der beiderseitigen Leistungen, sondern vorzugsweise darum handelt, daß der eine Kontrahent dem andern nur gegen Erfüllung der diesem obliegenden Leistung zur Erfüllung verpflichtet ist und daß er ihm mithin nicht zu kreditieren braucht."

β) Die anderen Entscheidungen beziehen sich auf die **Wandlung**. Aber ihre Begründung ist eigentlich **ausnahmslos** eine **allgemeinere**: weil der Verkäufer den Preis Zug um Zug gegen Rückgabe der Ware zurückgeben muß, ist der Erfüllungsort für diese seine Pflicht nicht an seinem Wohnort, sondern an dem Ort der Rückgabe der Ware, d. h. also am Wohn- bzw. Niederlassungsort des Käufers. Daß damit nicht eine Besonderheit des Wandlungsrechtes gemeint sei — etwa aus der Pflicht des Verkäufers, dem Käufer die aus dem Geschäft erwachsenen Unkosten zu erstatten, abgeleitet — ergibt sich klar aus der durchgängigen Neigung der Erkenntnisse, für den Fall, daß die Ware an einen dritten Ort gebracht und somit dort zurückzugeben ist, auch dem Käufer eine Rückzahlungspflicht **dort** aufzuerlegen. Denn das hat Sinn nur als Folgerung aus dem Prinzip der Leistungspflicht Zug um Zug, nicht als solche aus der Pflicht des Verkäufers zur Abnahme der dem Käufer erwachsenden Unkosten. Diese würde allenfalls eine Rückzahlungspflicht am Wohnort des Käufers begründen können, nimmermehr aber eine solche an dem für den Käufer vielleicht gleichgültigen Ort der Warenrückgabe (s. dazu auch unten V, 1).

Von den einschlägigen Entscheidungen ist ein Teil noch unter dem **älteren** Recht ergangen. Ohne Vollständigkeit in der Aufzählung in Anspruch zu nehmen, nenne ich:

αα) Erkenntn. des Reichsger. C.S. I, vom 2. Mai 1883, Entsch. Bd. 10 Nr. 107 S. 350, für das Gemeine Recht. Unter Abänderung der hamburgischen Vorentscheidung erkennt das Reichsgericht dem Käufer das Recht zu, auf Erstattung des Kaufpreises an seinem Wohnorte (wo sich auch die Kaufsache befand) zu klagen: da die Zurücknahme und Erstattung Zug um Zug erfolgen müsse, so liege eine solche tatsächliche Verbindung dieser verschiedenen, nicht zu trennenden Ansprüche vor, daß auch die Erstattungsansprüche vor demselben Gerichte geltend gemacht werden können, welches zur Entscheidung über den Anspruch auf Rücknahme der Sache zuständig ist.

ββ) Grundlegend für die spätere Praxis war daneben das Erkenntnis desselben Senats vom 5. Oktober 1887 (Entsch. des Reichsger. Bd. 20 Nr. 81 S. 358) zunächst für das landrechtliche Gebiet erlassen. Auch hier wird kurzerhand aus der Natur der Zug um Zug-Leistung gefolgert: Der Käufer habe Anspruch darauf, daß die Zurückzahlung des Kaufpreises gegen Zurückgabe der Ware Zug um Zug geschehe, „und hieraus folgt dann mit Notwendigkeit, daß auch für die Verpflichtung des Verkäufers zur Zurückzahlung des Kaufpreises derjenige Ort der Erfüllungsort ist, an welchem sich in einem solchen Falle die Ware befindet". .... „Ob Kläger auch einen Anspruch auf Abnahme der Ware hat, oder ob nur dem Beklagten ein desfallsiger Anspruch zusteht, auf welchen er auch verzichten könnte, ist hierbei unerheblich, solange der Beklagte tatsächlich nicht verzichtet hat."

γγ) Zum dritten Male hatte sich der C.S. I im Erkenntnis vom 15. März 1893 (**Gruchot** Bd. 37, Beilageheft S. 1208) über unsere Frage — wieder nach Landrecht — auszusprechen. Auch hier wurde, gleichfalls unter Aufhebung der (Breslauer) Vorentscheidung, aus dem Zug um Zug-Charakter der beiderseitigen Pflichten zur Rückgabe und Rückzahlung auf Identität der Erfüllungsorte geschlossen. Die Rückzahlung des Preises müsse da erfolgen, wo die Rückgabe der Sache an den Verkäufer zu bewirken ist, „so daß in jedem Falle dieser Ort als der Erfüllungsort erscheint". Daß der Käufer kein Recht auf Rücknahme der Sache habe, mache nichts aus, „denn solange der Verkäufer auf sein Recht, die Sache zurückzuempfangen, nicht verzichtet hat, kann der Käufer sein Recht nur gegen Rückgabe der Sache ausüben; sein Recht ist mithin örtlich an die Sache gebunden und deshalb der Gerichtsstand für die von ihm anzustellende Klage an dem Orte begründet, wo der Verkäufer die Sache zurückzunehmen hat".

δδ) Aehnlich argumentiert auch eine weitere Entscheidung des C.S. I in den Blättern für Rechtsanwendung, Erg.Bd. 11 S. 302/3.

εε) Der C.S. VI hat im Erkenntnis vom 10. Dezember 1896 (**Seuffert** 52 Nr. 148 S. 274) den Standpunkt des ersten Senates sich zu eigen gemacht, ohne selbständige Gesichtspunkte hinzuzufügen.

ζζ) Nur ein Erkenntnis des C.S. I vom 26. Mai 1900 (**Gruchot** Bd. 44 Beil.H. S. 1148, Jur. Wochenschrift 1900 S. 553/4; noch auf das alte Recht bezüglich) macht einen Ansatz zu einer eigenartigen Begründung und muß daher hier besonders erwähnt werden. Es stand die Frage des Gerichtsstandes bei der Wandlungsklage für einen Fall zur Entscheidung, in dem das Kaufobjekt schon untergegangen war. Die Ansicht des Berufungsgerichts, wonach der Erfüllungsort für die Rückzahlungspflicht des Verkäufers am Bestimmungsort der seinerzeit gelieferten Ware wegen der notwendigen „Einheitlichkeit des Erfüllungsortes für beide Kontrahenten eines Kaufvertrages" begründet sei, wird als „bedenklich" bezeichnet.

Wohl aber ergebe sich der genannte Erfüllungsort aus dem Anspruch des Käufers, den Preis Zug um Zug gegen Rückgewähr der

mangelhaften Ware dort zurückzuerhalten, wo sich diese „gemäß der Vertragsabsicht der Kontrahenten befinde". Durch den Untergang der Sache sei nur der „äußere Grund" für diese Aenderung des Erfüllungsortes weggefallen, nicht auch der „innere": „die mangelhafte Vertragserfüllung hat zur Folge, daß der Verkäufer der mit Mängeln behafteten Kaufsache nachgehen und das zurückzuzahlende Kaufgeld an den Ort bringen muß, wohin die Kaufsache nach dem Vertrage geschafft worden ist. Seine Schuld aus der Aenderung des Vertrages ist eine Bringschuld geworden"; daran ändere der Uebergang der Sache nichts.

Unter der Herrschaft des neuen Rechts hat das Reichsgericht, erklärlicherweise von der sonstigen Praxis tunlichst begleitet, seinen früheren Standpunkt festgehalten. Die tonangebende Entscheidung hat diesmal der früher abweichende C.S. II erlassen (Entsch. Bd. 55 Nr. 28 S. 105 ff., 16. Juni 1903). Das sehr ausführlich begründete Erkenntnis führt, ähnlich den bisher mitgeteilten, aus: Wenn infolge der Wandlung nach §§ 467, 348 die beiderseitigen Leistungen Zug um Zug zurückzugewähren sind, „so ist auf Grund des hiermit für die Rückgewähr gegebenen Schuldverhältnisses in der Regel als gemeinsamer Erfüllungsort für diese beiderseitigen Verpflichtungen der Parteien derjenige Ort anzusehen, an dem der Käufer dem Verkäufer die gekaufte Sache zurückzugeben hat".

Uebrigens kam es in dem zu entscheidenden Fall an erster Stelle darauf an, zu untersuchen, wo der Käufer dem Verkäufer auf Grund der Wandlung die Kaufsache zurückzugewähren habe, und diese Frage wird vom Reichsgericht mit m. E. durchschlagenden Gründen zugunsten des Ortes entschieden, an dem sich jene dem Vertrage gemäß befindet.

Von Entscheidungen anderer Gerichtshöfe im Sinne der herrschenden Lehre seien das Urteil des Oberlandesgerichts Celle vom 8. Okt. 1898 (Seuffert Bd. 54 Nr. 80 S. 138) und das des Oberlandesgerichts Cöln vom 12. Febr. 1901 („Das Recht" 1901, S. 178) hervorgehoben. Jenes sagt in aller Form: „Es handelt sich (bei der Wandlung) um zwei Verpflichtungen, die Zug um Zug, d. i. zu gleicher Zeit und mithin am gleichen Orte, zu erfüllen sind." ... „Wenn der Kaufpreis bei der Uebergabe zu zahlen ist, so folgt daraus mit naturgesetzlicher Notwendigkeit, daß dann auch nur an dem Ort der Uebergabe zu zahlen ist, da jede örtliche Trennung von Uebergabe und Zahlung auch eine zeitliche Trennung dieser Akte enthalten würde." Das Argument, auf die Rückgabe der Ware habe doch der Verkäufer allein ein Recht, bekämpft das Oberlandesgericht mit Gründen, die sachlich und teilweise selbst wörtlich aus dem oben zu γγ mitgeteilten Reichsgerichtserkenntnis entnommen sind. Das Cölner Urteil, mir nur in kurzem Auszuge bekannt, läßt den Verkäufer gerade da erstattungspflichtig sein, wohin die Ware transportiert ist.

### V. b) Eigene Meinung.

1. Zunächst muß mit größter Entschiedenheit darauf hingewiesen werden, daß die angebliche Identität der Erfüllungsorte bei Zug um Zug-Leistungen nimmermehr auf das Sonderrecht der Wandlung eingeschränkt werden darf. Auf sie allein beziehen sich — und das ist zugleich ihre Schwäche — beinahe alle oben mitgeteilten Erkenntnisse, aber ihre Gründe sind fast ausnahmslos solche, die, wenn überhaupt, für jeden Fall der Zug um Zug-Leistung zutreffen. Wollte man eine Aenderung des Erfüllungsortes für die Rückerstattungspflicht des Käufers gerade bei der Wandlung erweisen, so hätte man dazu einen anderen, in jenen Erkenntnissen höchstens hie und da leise anklingenden, Grund heranholen müssen: daß der Verkäufer doch letztlich schuld an der Wandlung sei und daher den Käufer von den ökonomischen Folgen des Kaufabschlusses und der Kaufvollziehung entlasten müsse; daß der Käufer, wie Ulpian in l. 27 D. XXI, 1 sagt, indemnis debet discedere. Ein Grundsatz, der ja auch das BGB. § 467 dahin führt, dem wandlungspflichtigen Verkäufer die Vertragskosten aufzuerlegen.

Indes: wenn man auch unter den danach dem Verkäufer zur Last fallenden Vertragskosten die Kosten des Transportes von Ware und Kaufpreis mitbegreift, (so, wohl zutreffend, Planck zu § 467 Nr. 2, c, ε), so ist doch, um dafür eine Handhabe zu gewinnen, die Annahme der herrschenden Lehre weder erforderlich noch auch nur ausreichend. Nicht erforderlich: denn auch schon nach dem allgemeinen Grundsatz des § 270 müßte der Verkäufer die ihm auf Grund der Wandlung erwachsende Schuld als Geldschuld auf eigene Gefahr und Kosten dem Käufer übermitteln. Nicht ausreichend: denn wir sahen ja, daß gerade die herrschende Meinung die Rückgabe des Kaufpreises nicht notwendig am Wohnorte des Käufers erfolgen läßt, sondern an dem damit keineswegs immer zusammenfallenden Orte, wo die Kaufsache sich befindet, bzw. „an den sie vertragsgemäß transportiert ist". Erschöpft sich aber damit die Verkäuferpflicht, so ist es nicht mehr seine, sondern des Käufers Sache, sich das Kaufgeld von diesem dritten Orte, an dem er vermutlich gar keine Verwendung dafür haben wird, auf eigene Kosten und mit vielleicht erheblichen Mühen abzuholen. Wandeln wir den vom Reichsgericht Bd. 55 Nr. 28 entschiedenen Fall in dem einen Punkt um, daß die schwedische Firma das verkaufte Holz nicht an den Wohnsitz des Käufers nach Heilbronn, sondern auf dessen Anweisung an eine italienische oder englische Adresse zu liefern gehabt hätte, so würde nach der herrschenden Ansicht auf Grund vollzogener Wandlung der Verkäufer den

Preis auch in Italien oder England zurückleisten müssen.

Daß die Gegner diesen schwachen Punkt ihrer Lehre, der sie für zahlreiche Fälle unpraktikabel erscheinen läßt und geradezu ad absurdum führt, nicht erkannt haben, erklärt sich nur aus der Voreingenommenheit, mit der sie fast ausnahmslos den Begriff der Zug um Zug-Leistung ohne umsichtige Erwägung aufzustellen unternommen haben. Des Käufers Interesse wollte man wahren, hat ihm aber dafür einen Nachteil aufgebürdet, der durch die erhöhte Bequemlichkeit, nun an seinem Wohnorte für den Rückerstattungsanspruch einen Gerichtsstand zu besitzen, kaum immer aufgewogen wird.

Ist es aber kein Kauf-, sondern etwa ein Tauschvertrag, der durch Wandelung aufgehoben wird, so verbessert das in keiner Weise die herrschende Lehre. Freilich ist dann der Wandelungsgegner, da seine Erstattungspflicht nicht auf Geld geht, nach § 270 nicht zur Rücksendung auf eigene Kosten gehalten. Wenn wir aber ihn nach § 467 überhaupt für erstattungspflichtig wegen der Transportkosten erachten, so entspricht es selbstverständlich dem Grundsatz von Treu und Glauben, daß er die Rücksendung der eingetauschten Ware von vornherein auf eigene Kosten zu vollziehen habe. Mindestens haftet er unter der genannten Voraussetzung auf demnächstige Erstattung dieser Kosten.

Für die Gegner dagegen bleibt wiederum eine Schwierigkeit: hat der Wandlungsgegner gerade an dem Orte zurückzuliefern, wo er die dort befindliche mangelhafte, von ihm gelieferte Ware zurückerhält, so fehlt es an jedem Rechtsgrunde, ihm auch die Kosten des weiteren Rücktransportes der zurückgelieferten Gegenstände von diesem dritten Orte an den davon verschiedenen Wohnort des Wandlungsberechtigten aufzubürden.

Diese Einwürfe gelten auch gegen das einzige Erkenntnis (C.S. I vom 26. Mai 1900, s. oben IV, 2c.), das in seiner Begründung nicht mit dem Begriff der Zug um Zug-Leistung ausschließlich operiert. Es bürdet den Beteiligten vollends ohne jede Not und ohne jeden zulänglichen Beweis einen Erfüllungsort für die Rückerstattung des Preises auf, der ihnen möglicherweise gleichmäßig fernliegt. Und dann vermischt es zwei ganz verschiedene Gesichtspunkte: ist die Schuld des Verkäufers „eine Bringschuld geworden", so müßte sie notwendig beim Käufer erfüllt werden, nicht, wie doch das Erkenntnis anfänglich unter dem Gesichtspunkt der Zug um Zug-Leistungen entwickelt, an dem Orte, wohin die Ware auf Grund des Vertrages gebracht worden ist.

2. Es ist stets mißlich, einen Satz von allgemeiner Tragweite aus einem besonderen Fall heraus zu abstrahieren. Das aber tut die herrschende Lehre, indem sie nur die Wandelung, bei der die Schwierigkeiten, zu denen sie führt, zugegeben nur in verhältnismäßig geringem Maße hervortreten, ins Auge faßt. Auf andere Fälle angewendet, erweist sie sich alsbald als gänzlich unhaltbar:

a) Das zeigt sich vor allem bei Betrachtung der gegenseitigen Verträge. Sobald sie, wie in der Regel, auf Leistung Zug um Zug gehen, müßte nach den Gegnern der Erfüllungsort für beide Teile notwendig identisch sein. In Wahrheit aber läßt sich ein solcher gemeinsamer Erfüllungsort teils nicht ohne Willkür, teils überhaupt nicht auffinden. Während bei der Wandlung sicherlich zuerst auf das Interesse des Käufers als desjenigen zu sehen ist, der „indemnis discedere debet", ist bei den gegenseitigen Verträgen nicht abzusehen, warum die Interessen des einen oder anderen Teiles dadurch von vornherein begünstigt werden sollen, daß man seinen Erfüllungsort zu einem auch für den Gegner maßgebenden erhebt. Und welche der beiden Parteien sollte das sein? Geht die Leistung der einen auf Geld, so möchte allenfalls die, vom Reichsgericht in der obigen Entscheidung bei Seuffert Bd. 46 Nr. 37 geteilte Meinung verteidigt werden können, daß der Erfüllungsort dafür sich nach dem der gegnerischen Leistung richte. Denn Geld, könnte man sagen, ist die kurrentere, leichter transportierbare Ware; der Geldschuldner muß ohnedies nach § 270 Gefahr und Kosten des Transportes tragen, sodaß er mit der Verlegung des vollen Erfüllungsortes auf den Wohnsitz des Gegners nicht nennenswert belastet würde.

Aber wie ist es bei Tausch und überhaupt in allen den Fällen, wo keine der beiderseitigen Pflichten auf Geld gerichtet ist? Die Lehre vom notwendig identischen Erfüllungsort der beiden Zug um Zug-Leistungen versagt hier vollständig. Wonach soll sich, wenn X in A und Y in B z. B. zwei seltene Münzen oder Marken auszutauschen vereinbart haben, der „gemeinsame Erfüllungsort" bestimmen? Etwa dadurch, daß der eine Teil zuerst einfordert oder Klage erhebt? Soll dann etwa der Ort, an dem der Beklagte zu erfüllen hat, auch zum Erfüllungsort für die Leistung des Klägers erhoben werden? Soll dieser umgekehrt durch sein Anfordern den für ihn maßgeblichen Erfüllungsort einseitig auch dem Gegner aufbürden können? Beides ist gleich widersinnig und daher unannehmbar, solange dafür nicht eine positive Gesetzesvorschrift angeführt werden kann.

Aber wollten wir uns auch an der Widersinnigkeit des Ergebnisses nicht stoßen: es gibt Fälle, wo ein gemeinsamer Erfüllungsort für die beiden Zug um Zug zu erfüllenden Verpflichtungen logisch geradezu undenkbar ist. Gerade die neueste reichsgerichtliche Judikatur (Entsch. des C.S. V vom 28. Februar 1902 Bd. 51 Nr. 85 S. 367 sowie bei Seuffert Bd. 58 Nr. 50 S. 95) liefert ein schlagendes Beispiel: werden zwei Grundstücke gegen einander ausgetauscht, so ist die Verpflichtung der einen wie der andern Partei zur Uebergabe unmöglich an

einem andern Ort zu erfüllen, als da, wo das herauszugebende Grundstück liegt. Es bleibt also nur die Alternative: entweder man sieht, wegen Unmöglichkeit einer Erfüllung am gleichen Ort, davon ab, die beiden Verpflichtungen hier Zug um Zug erfüllt werden zu lassen — das wäre aber ein Verstoß gegen § 320, der bei gegenseitigen Verträgen Zug um Zug-Leistung überall da eintreten läßt, wo nicht der eine oder andere Teil vorzuleisten hat. Oder man verzichtet auf das Dogma der herrschenden Lehre.

b) Das Gesagte gilt in gleicher Weise auch für die Fälle des gewöhnlichen Zurückbehaltungsrechtes und des vertragsmäßigen Rücktrittes. Besonders schlagend ist das im Falle der Quittung. Auf sie hat bekanntlich jeder Schuldner Anspruch, so daß ihm aber die Quittungskosten zur Last fallen, §§ 368/9. Daraus läßt sich mit Sicherheit folgern, daß der Erfüllungsort für die Quittungsleistung bei dem quittierungspflichtigen Gläubiger ist. Dies entspricht nicht nur dem allgemeinen Grundsatz des § 269, sondern auch der Erwägung, daß zu den Kosten der Quittung offenbar auch die ihres Transportes gehören (s. Planck zu § 369 Anm. 1). Muß sie aber der die Quittung ansprechende Schuldner tragen, so kann die Quittungsschuld unmöglich eine Bringschuld sein. Und doch ist die Quittung Zug um Zug gegen Empfang der Leistung, über die quittiert werden soll, auszustellen, einer Leistung, die nach § 269 normalerweise am Wohnort des Schuldners ihren Erfüllungsort hat. Also wiederum Zug um Zug-Leistungen bei (regelmäßiger) Verschiedenheit der Erfüllungsorte!

3. Einen entscheidenden Grund gegen die herrschende Lehre hat das Oberlandesgericht Hamburg (bei Seuffert 49 Nr. 118, s. oben IV, 3) vorgebracht: die Gegenleistung ist im allgemeinen keine Pflicht, sondern ein Recht des Wandlungsgegners. Unmöglich kann um dieses Gegenrechtes willen, von dem man noch gar nicht weiß, ob es geltend gemacht wird, der Erfüllungsort für den eingeklagten Anspruch des Wandelnden ein anderer werden. Der Gegner müßte um eines ihm zustehenden Rechtes willen sich einem anderen, ihm vielleicht viel unbequemeren und ungünstigeren Gerichtsstand unterwerfen, als er es ohne dieses Recht müßte. Und er könnte sich selbst durch Nichtgeltendmachung seines Gegenrechtes von dieser ungünstigen prozessualen Situation nicht befreien: wäre das Gericht, in dessen Bezirk der wandelnde Kläger zurückzuleisten hat, wegen der Zug um Zug-Natur der beiderseitigen Pflichten auch für seinen Erstattungsanspruch auf den Kaufpreis zuständig, so müßte der ausbleibende Beklagte im Wege des Versäumnisverfahrens gegebenenfalls verurteilt werden auf „reine Leistung", verurteilt von einem Gericht, dessen Zuständigkeit sich nur daraus ergeben könnte, daß der Beklagte zu einer „reinen Leistung" eben nicht verpflichtet war. Welcher Widersinn!

Was in den reichsgerichtlichen Erkenntnissen hiergegen bemerkt wurde, mochte für das landrechtliche System zutreffen — ist aber das oben zu III über die rechtliche Natur des Zurückbehaltungsrechtes nach Reichsrecht Gesagte richtig, so kommt es heute nicht mehr in Betracht. Die Gestaltung des Zurückbehaltungsrechtes und der gegenseitigen Verträge im Gesetzbuch ist ein neuer, schlagender Beweis gegen die herrschende Lehre, den zu entkräften bisher noch nicht einmal versucht worden ist.

4. Ein weiterer Punkt: überall da, wo der Gegner aus einem gegenseitigen Vertrage vorzuleisten hat, kann der Kläger gemäß § 320 „reine Leistung" begehren. Hier bleibt der übrigens begründete Erfüllungsort für die Leistung des Beklagten natürlich unberührt; es kann also nicht an dem für des Klägers Leistung maßgebenden Erfüllungsort geklagt werden. Wäre das aber in dem (regelmäßigen) Fall der Zug um Zug-Leistung anders, so ergäbe sich das wundersame Resultat, daß die Vorleistungspflicht des Beklagten, die doch sinngemäß seine rechtliche Stellung erschweren sollte, sie vielmehr im Punkte des Erfüllungsortes erleichtern, genauer: ihre andernfalls eintretende Erschwerung hintanhalten würde!

5. Gegen unser Ergebnis sind, soweit ich sehe, keinerlei begründete Einwendungen zu erheben:

a) Zunächst kann man sich natürlich nicht mehr auf die veraltete Gestaltung des Landrechts berufen, ebensowenig auf den früheren Art. 342 Abs. 3 HGB., der allerdings, wie ich mit Staub (§ 3 dazu) annehmen möchte, für die Zahlungspflicht des Käufers einen eigentlichen Erfüllungsort am Orte der Warenübergabe anordnete.

b) Ebensowenig schlägt die mit der herrschenden Lehre anzuerkennende Möglichkeit durch, daß der aus gegenseitigem Vertrage Berechtigte von vornherein nur Verurteilung des Gegners zur Leistung Zug um Zug begehrt. Unmöglich kann er sich durch eine solche Beschränkung seines Anspruches einen anderen Erfüllungsort für die Gegenleistung schaffen, als er ihn bei der an sich (ipso iure) gleichfalls zulässigen „reinen" Leistungsklage haben würde. Die Einschränkung des Anspruches in der einen Richtung darf nicht die Wirkung haben, ihn dafür in der anderen zu erweitern.

c) Aber unsere Annahme, sagen die Gegner, führt zu praktisch unannehmbaren Ergebnissen!

Aber ist dem in Wahrheit so?

α) Aus der Erörterung scheiden natürlich alle die zahlreichen Fälle aus, wo nach der Abrede, der Natur der Sache oder aus sonstigen Gründen der Vertrag auf sofortige beiderseitige Leistung

gerichtet ist: bei den Realkäufen, den realen Tauschgeschäften wird sich die Zug um Zug-Leistung selbstverständlich am selben Orte, in der Regel ohne Schwierigkeit, abwickeln.

β) Aber auch die Verschiedenheit der Erfüllungsorte führt nicht immer zu einer Erschwerung der Zug um Zug-Leistungen:

1. Häufig wird die eine Partei, insbesondere der Verkäufer, die Versendung ihrer Leistung im Sinne des Distanzgeschäftes übernehmen. Dann entfällt vielfach die Pflicht zur eigentlichen Zug um Zug-Leistung; der versendende Teil kann, wenigstens im Handelsverkehr, in der Regel die Gegenleistung nicht eher verlangen, als bis die Ware beim Gegner eingetroffen ist und von ihm auf ihre Ordnungsmäßigkeit hat untersucht werden können (s. die Nachweisungen bei Staub, Aufl. 5, zu Art. 342, § 5, sowie die oben zitierte Entsch. d. RG. bei Seuffert 46 Nr. 37 a. E.).

2. In anderen Fällen wird die an dem Geschäft vorwiegend interessierte Partei, insbesondere der Verkäufer, in der Weise vorgehen können, daß sie die von ihr zu leistende Ware dem Gegner gegen Nachnahme zusendet. Darauf braucht der Käufer sich zwar nicht einzulassen, wenn ein Distanzgeschäft im obigen Sinne (Nr. 1) vorliegt, wohl aber dann, wenn die Schuld des Verkäufers eine Holschuld war. Die Polemik von Staub (a. a. O.) schlägt für diesen Fall nicht durch — muß der Käufer bereits „Zug um Zug" gegen die dem Verkäufer obliegende Leistung seinerseits erfüllen, so doch erst recht dann, wenn der Verkäufer durch freiwillige Uebersendung nicht nur das ihm Obliegende, sondern dazu noch ein Uebriges getan hatte.

War die Schuld eine Holschuld, so muß es auch genügen, wenn der Verkäufer die Ware bloß dem Spediteur oder Frachtführer übergeben hat. Sobald er das, etwa durch Bescheinigung der Mittelspersonen, zu erweisen vermag, kann er nunmehr verlangen, daß der Gegner seinerseits mit der Leistung (Absendung des Kaufpreises usw.) unverzüglich vorgehe. Denn, hat der Verkäufer alles ihm Obliegende erfüllt, so kann er nunmehr auch die Gegenleistung verlangen, ohne eine Einrede nach § 320 noch gewärtigen zu müssen.

Das trifft aber auch in den Fällen des Distanzgeschäftes wenigstens insoweit zu, als dabei nicht durch den zu 1. erwähnten Handelsgebrauch die Pflicht zur Zug um Zug-Leistung ihrerseits aufgehoben wird. Kaufe ich z. B. von einem auswärtigen Kunstfreund oder -Händler ein bestimmtes, mir bereits bekanntes, Bild mit der Maßgabe, daß der Verkäufer die Versendung übernehmen soll, so wird er von mir den Preis fordern können, sobald er das Bild der Transportanstalt erweislich übergeben hat.

3. Soweit das alles nicht in Betracht kommt, muß man mit Staub (Exkurs zu § 372, § 7) sich damit bescheiden, daß eine allgemeine Regel für die Ausführung der Zug um Zug-Leistungen nicht zu geben ist.

„Die Lösung liegt darin, daß derjenige, dem an der Gegenleistung am meisten liegt, die Leistung dem anderen Teil an dessen Erfüllungsort hinbringt und nunmehr Zug um Zug die Gegenleistung verlangt."

Unter Umständen kann der eine Teil dem andern, der sich zur Empfangnahme der Gegenleistung bei ihm einzufinden hat, wohl auch zumuten, die geschuldete Leistung auf Kosten des Anfordernden mitzubringen. Eine Weigerung, auf diese Zumutung einzugehen, würde wenigstens in den Fällen, wo dadurch dem anderen Teile keinerlei nennenswerte Mühe entsteht, leicht als gegen Treu und Glauben verstoßend, folgerecht nach § 242 unstatthaft, anzusehen sein. Man denke etwa an den Fall, daß jemand einem andern gestattet, tauschweise gegen eine seltene Münze oder Briefmarke aus seinem Garten einen Baum auszugraben und mitzunehmen.

Wo auch das nicht zum Ziel führt und das Mißtrauen der Kontrahenten gegen einander größer ist, als ihr Interesse an alsbaldiger Abwickelung des Rechtsverhältnisses, da sind allerdings die Voraussetzungen für einen gütlichen Austrag der Angelegenheit nicht mehr vorhanden. Als einziger Ausweg bleibt die Möglichkeit, daß der eine den andern Teil auf Leistung Zug um Zug verklagt und dann die Vollstreckung nach den dafür besonders geschaffenen §§ 726 Abs. 2, 756 und 764 CPO. herbeiführt. Eine Inanspruchnahme des Gegners auf Leistung Zug um Zug ist dabei auch in dem Falle notwendig, daß der Kläger den Beklagten bereits in Annahmeverzug versetzt hat (s. insbesondere Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 375, Lehrbuch des Civilpr. S. 258, Schollmeyer zu § 274 Nr. 2, sowie Erkenntnis des Reichsger., C.S. II, vom 18. Dezember 1903, Seuffert Bd. 59 Nr. 149 S. 264); jedoch kann dann gemäß BGB. §§ 274 Abs. 2, 322 Abs. 3 der Anspruch im Wege der Zwangsvollstreckung auch ohne Bewirkung der dem Vollstreckungsgläubiger obliegenden Gegenleistung verfolgt werden. Dies ohne Unterschied offenbar, ob der gegnerische Annahmeverzug erst nach dem Prozeßbeginn bzw. Urteil oder schon vorher begründet war, sofern er nur derzeit noch andauert. Ein erneutes Angebot (Hellwig a. a. O.) dürfte dazu schwerlich überall nötig sein (so auch Staub Aufl. 7, Exkurs zu § 373 Anm. 53).

Die Vorschriften der CPO. selbst, überhaupt die prozessuale Behandlung der Zug um Zug-Leistungen hier näher darzustellen, würde den Aufsatz ungebührlich anschwellen lassen; ich behalte mir das für später vor.

---



# Die Regelung der Prokuravertretung einer Aktiengesellschaft im Gesellschaftsvertrage.

Von Amtsrichter Dr. **Adelmann** in München.

„Alle die Gesellschaft verpflichtenden Erklärungen müssen

1) wenn der Vorstand aus einer Person besteht, entweder von dieser allein oder von zwei Prokuristen,
2) wenn der Vorstand aus mehreren Personen besteht, entweder von zwei Mitgliedern desselben oder von einem Mitgliede und einem Prokuristen oder von zwei Prokuristen abgegeben werden."

So lese ich immer wieder in den Gesellschaftsverträgen der Aktiengesellschaften. Wortgetreu geht diese Bestimmung in die Handelsregister über.

Den Ursprung dieser Fassung vermute ich in der gemeinverständlichen Darstellung „Die Aktiengesellschaft unter dem neuen Aktiengesetz" von Dr. Katz und Dyhrenfurth. (Berlin, Verlag von H. S. Hermann, 1899, S. 58.)

Ich kann es mir nicht versagen, einmal öffentlich gegen diese Formel, die sich nur zu schnell eingebürgert hat, Stellung zu nehmen.

I. Die Vertretung der Aktiengesellschaft durch den Vorstand ist scharf von der Vertretung durch den Prokuristen zu scheiden:

Der Vorstand ist der gesetzliche Vertreter der Aktiengesellschaft und als solcher Dritten gegenüber unbeschränkt und unbeschränkbar vertretungsberechtigt (§§ 231 Abs. 1 und 235 Abs. 2 HGB.), ihm steht die Erteilung der Prokura zu (§§ 48 Abs. 1, 238 HGB.), ihm sind im öffentlichen Interesse weitgehende Pflichten auferlegt, für ihn gelten besondere Strafvorschriften (§ 312 ff. HGB.), er hat in Prozessen der Aktiengesellschaft den Parteieid zu leisten.

Der Prokurist ist nur bevollmächtigter Vertreter, seine Ermächtigung reicht nur zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt (§ 49 Abs. 1 HGB.); zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken ist er nur ermächtigt, wenn ihm diese Befugnis besonders erteilt ist (§ 49 Abs. 2 HGB.), ihm steht nicht das Recht zu der Erteilung der Prokura zu (§ 48 Abs. 1 HGB.), er hat in Prozessen der Aktiengesellschaft den Zeugeneid zu leisten.

Die beiden Arten der Vertretung unterscheidet die angeführte Vertragsbestimmung nicht. In der Zusammenwerfung zweier wesentlich verschiedener Begriffe, der „gesetzlichen Vertretung" und der „Prokuravertretung", liegt der Keim der Unklarheit und des Mißverständnisses.

II. Unklar und mißverständlich muß ich die beanstandete Vertragsbestimmung bezeichnen, wenn ich ihr nicht das Beiwort „fehlerhaft" geben will. Der Mangel ist darin zu finden, daß die Vertretung der Aktiengesellschaft durch Vorstandsmitglieder, allein oder in Gemeinschaft mit einem Prokuristen, in anderer Weise zu regeln ist als die Vertretung durch Prokuristen allein ohne Mitwirkung von Vorstandsmitgliedern.

1. Die Vertretung der Aktiengesellschaft durch Vorstandsmitglieder, allein oder in Gemeinschaft mit einem Prokuristen, findet ihre Regelung durch § 232 des Handelsgesetzbuchs:

a) „Zu Willenserklärungen, insbesondere zur Zeichnung des Vorstandes für die Gesellschaft, bedarf es der Mitwirkung sämtlicher Mitglieder des Vorstandes, sofern nicht im Gesellschaftsvertrag ein Anderes bestimmt ist" (§ 232 Abs. 1 Satz 1 HGB.).

Der Gesellschaftsvertrag kann also an Stelle der Gesamtvertretung aller Vorstandsmitglieder die Vertretung durch ein Vorstandsmitglied oder einzelne Vorstandsmitglieder anordnen. Durch diese Anordnung des Gesellschaftsvertrags wird die Vertretung Dritten gegenüber mit Rechtswirksamkeit geregelt.

b) „Steht nicht jedem einzelnen Vorstandsmitgliede die selbständige Vertretung der Gesellschaft nach dem Gesellschaftsvertrage zu, so kann durch diesen (durch den Gesellschaftsvertrag) bestimmt werden, daß die Vorstandsmitglieder, wenn nicht mehrere zusammen handeln, in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung der Gesellschaft befugt sein sollen" (§ 232 Abs. 2 Satz 1 HGB.).

Die Streitfrage, ob die auf Grund dieser Bestimmung eingeführte eigenartige Vertretung der Gesellschaft eine gesetzliche Vertretung, oder eine Prokuravertretung, oder zum Teil eine gesetzliche, zum Teil eine Prokuravertretung ist, bedarf hier keiner Erörterung. Jedenfalls enthält diese Bestimmung die Regelung der Vertretungsbefugnis der Vorstandsmitglieder (vgl. auch § 234 Abs. 1 HGB.). Diese Art der Regelung ist daher dem Gesellschaftsvertrag überlassen. Durch die unter den Voraussetzungen des § 232 Abs. 2 des Handelsgesetzbuchs getroffene Anordnung des Gesellschaftsvertrags, daß die Vorstandsmitglieder in Gemeinschaft mit einem Prokuristen vertretungsbefugt sind, wird demnach die Vertretungsbefugnis der Vorstandsmitglieder Dritten gegenüber mit Rechtswirksamkeit geregelt.

2. Die Abgabe von Willenserklärungen für die Aktiengesellschaft durch Prokuristen allein, ohne Mitwirkung von Vorstandsmitgliedern, hat in § 232 des Handelsgesetzbuchs keine Regelung gefunden.

Es kommen die allgemeinen Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs über die Erteilung der Prokura zur Anwendung: die Prokura kann nur von dem Inhaber des Handelsgeschäfts oder seinem gesetzlichen Vertreter und nur mittelst ausdrücklicher Erklärung erteilt werden (§ 48 Abs. 1

HGB.). Die Erteilung kann an mehrere Personen gemeinschaftlich erfolgen [Gesamtprokura] (§ 48 Abs. 2 HGB.). Sofern nicht durch den Gesellschaftsvertrag oder durch Beschluß der Generalversammlung ein Anderes bestimmt ist, darf der Vorstand einen Prokuristen nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats bestellen (§ 238 Satz 1 HGB.). Der Gesellschaftsvertrag kann sonach bestimmen, daß der Vorstand nur Gesamtprokura erteilen darf. Aber diese Beschränkung hat Dritten gegenüber keine Wirkung (§ 238 Satz 2 HGB.).

Es steht sonach fest:

a) Nur der Vorstand als gesetzlicher Vertreter der Aktiengesellschaft kann durch ausdrückliche Erklärung Prokura erteilen und die Prokura in der Weise regeln, daß sie nur mehreren Personen gemeinschaftlich zusteht.

b) Der Gesellschaftsvertrag kann an diesem Rechtssatze nichts ändern, er kann diese dem Vorstand ausschließlich zugeteilte Fähigkeit zu der Erteilung der Prokura nicht aufheben oder beschränken, er kann auf diesem Rechtsgebiete lediglich dem Vorstande Pflichten auferlegen, denen keine Rechtswirkung Dritten gegenüber zukommt.

Enthält der Gesellschaftsvertrag die Bestimmung „alle die Gesellschaft verpflichtenden Erklärungen müssen von zwei Prokuristen abgegeben werden", so kommt ihr eine ganz andere Bedeutung zu als der Bestimmung „alle die Gesellschaft verpflichtenden Erklärungen müssen von zwei Mitgliedern des Vorstandes oder von einem Mitgliede des Vorstandes und einem Prokuristen abgegeben werden".

Letztere Bestimmung regelt unmittelbar mit Rechtswirksamkeit gegen Dritte die Vertretungsmacht der Vorstandsmitglieder. Erstere Bestimmung vermag die Vertretungsbefugnis der Prokuristen nicht zu regeln. Läßt diese Bestimmung sich überhaupt rechtlich verteidigen, so kann ihr nur folgende Bedeutung beigelegt werden: „Der Vorstand ist unter persönlicher Haftung verpflichtet, lediglich eine Gesamtprokura in der Weise zu erteilen, daß die Prokuravertretung nur durch zwei Personen gemeinschaftlich erfolgen kann". Dabei ist festzuhalten, daß die vom Vorstand entgegen dieser Vorschrift erteilte Einzelprokura volle Rechtswirksamkeit hat.

Damit ist aber festgestellt, daß in der besprochenen Bestimmung des Gesellschaftsvertrags durch ein und dieselbe Formel mit denselben Worten zwei Anordnungen von ganz verschiedener rechtlicher Wirkung und Bedeutung getroffen sind, nämlich

1. eine Regelung der Vertretungsmacht der Vorstandsmitglieder;
2. eine Weisung an den Vorstand bezüglich der ihm zustehenden Erteilung der Prokura.

III. Geradezu gesetzwidrig ist es aber, wenn die beanstandete Vertragsbestimmung wortgetreu in das Handelsregister übergeht.

Der Inhalt der Eintragung in das Handelsregister ist gesetzlich genau festgelegt. Eingetragen werden darf nur, was eingetragen werden muß.

1. Die durch den Gesellschaftsvertrag erfolgte besondere Regelung der Vertretungsbefugnis der Vorstandsmitglieder muß in das Handelsregister eingetragen werden (§§ 198 Abs. 2, 234 Abs. 1 HGB.).

Es ist also in das Handelsregister, und zwar unter der Spalte „Rechtsverhältnisse", einzutragen: Zu Willenserklärungen des Vorstandes für die Aktiengesellschaft bedarf es, wenn der Vorstand aus mehreren Mitgliedern besteht, der Mitwirkung zweier Vorstandsmitglieder oder eines Vorstandsmitglieds in Gemeinschaft mit einem Prokuristen.

2. Die Bestimmung des Gesellschaftsvertrags über die Abgabe von Willenserklärungen durch zwei Prokuristen gehört nicht in das Handelsregister; sie hat ja auch keine Wirkung Dritten gegenüber.

Dagegen muß die vom Vorstand erteilte Gesamtprokura durch diesen in jedem einzelnen Falle der Erteilung zum Eintrag in das Handelsregister angemeldet und in der Spalte „Prokuristen" eingetragen werden (§ 53 HGB.).

Die Bedeutung dieser Feststellung liegt nicht in ihrer registertechnischen Seite, sondern im öffentlichen Glauben des Handelsregisters (§ 15 HGB.):

Begnügt sich der Vorstand oder der Registerrichter mit dem Eintrage der vertragsmäßigen allgemeinen Bestimmung der Gesamtprokura und unterbleibt deshalb der Eintrag der in jedem einzelnen Falle erfolgten Erteilung der Prokura als Gesamtprokura, so werden der Aktiengesellschaft die Wirkungen des öffentlichen Glaubens des Handelsregisters nicht gesichert; der Gesellschaft kann dadurch ein Schaden erwachsen, für den diejenigen, die ihn verschuldet haben, verantwortlich sind.

---

Sollten diese Zeilen dazu beitragen, daß die dieser Erörterung vorangestellte Vertragsbestimmung recht bald aus den Gesellschaftsverträgen und aus den Handelsregistern verschwindet, dann hätten sie ihren Zweck erfüllt.

Damit man aber mir nicht den Vorwurf macht, ich habe zerstört ohne aufzubauen, möchte ich in möglichster Anlehnung an §§ 231 und 232 des Handelsgesetzbuchs für die Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag folgende Fassung vorschlagen:

„Die Aktiengesellschaft wird durch den Vorstand gerichtlich und außergerichtlich vertreten.

Zu Willenserklärungen, insbesondere zur Zeichnung des Vorstandes für die Gesellschaft bedarf es

1. wenn der Vorstand aus einer Person besteht:
   der Willenserklärung dieser Person,
2. wenn der Vorstand aus mehreren Mitgliedern besteht:
   der Mitwirkung zweier Mitglieder des Vorstandes.

Im Falle der Bestellung mehrerer Vorstandsmitglieder ist jedes Vorstandsmitglied, wenn es nicht mit einem anderen Vorstandsmitgliede zusammen handelt, in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung der Gesellschaft befugt".

Will man aber den Vorstand durch den Gesellschaftsvertrag dahin beschränken, daß er nur Gesamtprokuren erteilen darf, so mag dies an passender Stelle vielleicht durch die Bestimmung zum Ausdruck kommen:

„Die Erteilung einer Einzelprokura ist dem Vorstand untersagt".

## Mitteilungen aus der Praxis.*)

**Entbindung eines Zeugen von der Schweigepflicht (§ 385 Abs. 2 CPO.).** In Konkursen von Handelsgesellschaften wurde neuestens wiederholt die Frage erörtert, ob der Konkursverwalter einen Rechtsanwalt oder Notar, der für den nachmaligen Gemeinschuldner Prozesse geführt oder Rechtsgeschäfte beurkundet hatte, von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbinden kann (§§ 383 Nr. 5, 385 Abs. 2 CPO.). Mit Beschluß vom 9. Juli 1902 (Jur.Ztg. 1904 S. 128) hat das OLG. Darmstadt erkannt: das Recht auf Verschwiegenheit sei kein Vermögensrecht und darum nicht Bestandteil der Konkursmasse; es stehe vielmehr den Gesellschaftsorganen persönlich zu, die seinerzeit mit dem Anwalt verhandelt hatten. Diese Entscheidung bekämpft Jaeger, Kommentar zur KO. (2. Aufl.) §§ 207 f. Anm. 9: Die Entbindungsbefugnis sei ein unselbständiger Ausfluß der Rechtsverhältnisse, zu deren Schutz die Schweigepflicht dient; schütze sie massezugehörige Verhältnisse, so stehe auch die Entbindungsbefugnis beim Konkursverwalter (§ 6 KO.). Uebereinstimmend mit letzter Meinung hat das Reichsgericht (Beschluß des I. C.S. v. 15. Oktober 1904) erkannt: „Das Kammergericht hat zutreffend dargelegt, daß der Notar nach den Umständen des Falles sein Zeugnis so lange verweigern durfte, als er nicht von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden war. Wer ihn hiervon zu entbinden hatte, besagt der § 385 Abs. 2 CPO. nicht, wohl aber ist — was das Kammergericht übersehen hat — dem hier maßgebenden Artikel 90 des Preußischen Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit[1]) zu entnehmen, daß die in der Sache Beteiligten den Notar von der Verpflichtung entbinden müssen. Als solche Beteiligte werden der Regel nach die Vertragsparteien erscheinen. Die eine dieser Parteien ist im vorliegenden Falle in Konkurs verfallen. Nun verliert nach § 6 der Konkursordnung der Gemeinschuldner mit der Eröffnung des Verfahrens die Befugnis, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen. Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht wird durch den Verwalter ausgeübt (§ 6 Abs. 2, § 117 KO.). Soll er diese ihm kraft Gesetzes erteilte Aufgabe erfüllen, so müssen ihm unter Ausschluß des Gemeinschuldners auch diejenigen Befugnisse beigelegt werden, ohne welche die Aufgabe nicht gelöst werden kann. Dieselben liegen, wie das Recht zur Stellung des Strafantrages zeigt (vgl. Reichsgerichtsentscheidungen in Strafsachen Bd. 33 S. 434, Bd. 35 S. 150), nicht ausschließlich auf dem Gebiete des Vermögensrechts. Es kann daher dem Kammergericht nicht darin beigetreten werden, daß die Befugnis, den Zeugen von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit zu entbinden, schon deshalb zu versagen sei, weil sie kein der Zwangsvollstreckung unterliegendes Vermögensrecht darstelle. Der Ausgang des Prozesses ist für die Konkursmasse der Aktiengesellschaft von Bedeutung. Demnach hat der Konkursverwalter, dessen Verfügungs- und Verwaltungsrecht bei dieser Sachlage gleichfalls von dem Ausgange des Rechtsstreits berührt wird, und nicht die Aktiengesellschaft durch ihre gesetzlichen Vertreter den Notar von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit zu entbinden, auf dessen Zeugnis sich die Klägerin zur Unterstützung des Klageanspruchs beruft." F.

[1]) Für Bayern vgl. Art. 21 f. Notariatsgesetz v. 9. Juni 1899.

*) Wir werden in diesem Teile kürzere Abhandlungen bringen, die nicht dazu bestimmt sind, ein Thema wissenschaftlich erschöpfend zu erörtern, vielmehr auf lehrreiche Vorkommnisse aus der Praxis und auf die Beurteilung hinweisen sollen, die sie erfahren haben, oder nach der Ansicht des Einsenders erfahren sollen. Diese Rubrik unseres Blattes kann auch dazu benützt werden, auf bestehende irrige Auffassungen aufmerksam zu machen oder anregend auf die Gesetzgebung und die Praxis einzuwirken. Wir bitten unsere Leser um ihre eifrige Mitwirkung zur lebhafteren Ausgestaltung dieses Teiles: er wird dann eine gegenseitige Aussprache und Belehrung unter den bayrischen Juristen ermöglichen. Wir sind auch bereit, Anfragen aus der Praxis hier abzudrucken, für die eine Beantwortung aus dem Leserkreise gewünscht wird.

**Form des eigenhändigen Testaments.** (§ 2231 BGB.) Der in M. im Jahre 1904 verstorbene E. Sch. hinterließ eine eigenhändig geschriebene letztwillige Verfügung; diese genügte im allgemeinen den gesetzlichen Erfordernissen. In der Verfügung war jedoch nicht der Ort der Errichtung angegeben: statt dessen fand sich der Vermerk: „Eigenhändig geschrieben am .... in meinem Zimmer G..... straße Nr. 76a 2 r." Der Name der Straße war in M. allgemein bekannt. Es ergaben sich Zweifel an der Gültigkeit des Testamentes. Wenn auch durch eine Beweiserhebung hätte festgestellt werden können, daß die letztwillige Verfügung in M. errichtet wurde, so hielt das Gericht gleichwohl die letztwillige Verfügung wegen der Verletzung einer formellen Vorschrift für ungültig; es berief sich auf die Analogie mit Art. 4 der Wechselordnung und die Bemerkung bei Staub zu Art. 4 § 37. Dem gegenüber wurde der Erwägung, daß der Errichtungsort eigentlich genauer, als das Gesetz es verlangt, angegeben ist, eine ausschlaggebende Bedeutung nicht beigelegt.

Amtsrichter Barthelmeß in München.

**Zur Anwendung des Art. 104 des Gebühren-Gesetzes.** Nach dieser durch Art. 10 Ziff. VII des Nachlaßgesetzes v. 9. August 1902 neugefaßten Vorschrift wird für die Entgegennahme von Erklärungen, Anmeldungen und Anzeigen, welche nach gesetzlicher Vorschrift dem Nachlaßgerichte gegenüber abgegeben werden müssen, seitens des Nachlaßgerichts einschließlich der Beurkundung durch das Nachlaßgericht und der Mitteilung an die im Gesetze bestimmten Personen eine Gebühr von 1 bis 10 Mk. erhoben. Wie ist es nun zu halten, wenn Jemand für sich und als Bevollmächtigter oder als gesetzlicher Vertreter mehrerer Personen in einem Akte namens

derselben eine solche Erklärung abgibt; liegt eine Erklärung vor oder sind gebührenrechtlich so viele Erklärungen gegeben, als die Zahl der vertretenen Personen beträgt? Das Letztere ist meines Erachtens anzunehmen; denn die Gebühr nach Art. 104 wird nicht für die Erklärung erhoben, welche dem Nachlaßgerichte gegenüber abzugeben ist, sondern für die Entgegennahme derselben. Wenn ein Schriftstück die Erklärungen mehrerer Personen enthält, so hat das Nachlaßgericht jede einzelne entgegenzunehmen und z. B. bei der Ausschlagung einer Erbschaft, auf ihre Zulässigkeit und Wirksamkeit zu prüfen. Demnach ist für die Entgegennahme einer jeden dieser Erklärungen die Gebühr nach Art. 104 in Ansatz zu bringen. Die Zusammenfassung dieser Erklärungen in einem Schriftstück ist gebührenrechtlich unbehelflich.

Landgerichtsrat Karl Meyer in München.

---

**Beschwerderecht des Gerichtsschreibers in Strafsachen.** Das Oberste Landesgericht in München hat in einem Beschlusse vom 3. November 1904 ausgesprochen, daß gegen gerichtliche Entscheidungen nur den Prozeßbeteiligten, d. i. den in §§ 338, 339 und 340 StPO. genannten Personen, sowie denjenigen Personen, welche durch eine solche Entscheidung betroffen werden (§ 346 Abs. 2 StPO.) ein Beschwerderecht zusteht, daß aber der Gerichtsschreiber zu keiner dieser Kategorieen gehört, vielmehr bei Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung als Organ des Gerichtes handelt und in Zweifelsfällen dessen Entscheidung herbeizuführen hat (Löwe § 483 Note 6), und daß er deshalb zur Einlegung der Beschwerde gegen den die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung anordnenden Strafkammerbeschluß nicht befugt ist.

II. Staatsanwalt G. Meikel in München.

---

**Pfändung des Anspruches auf Herausgabe von Asservaten.** In einer dem Schöffengericht zur Verhandlung und Entscheidung überwiesenen Sache war angeblich gestohlenes Geld zu Gerichtshanden gebracht worden. Die Angeklagte behauptete, ein Teil des Geldes sei nicht gestohlen und ihr Eigentum, die Bestohlene bezeichnete die ganze Summe als ihr gestohlen. Als gegen ein verurteilendes Erkenntnis Berufung eingelegt wurde, erfolgte Uebersendung des Geldes an das Landgericht. Noch vor der Uebersendung war durch Beschluß des Vollstreckungsgerichts der Anspruch der Bestohlenen auf Herausgabe des ganzen Geldbetrages zugunsten eines Dritten gepfändet und demselben zur Einziehung überwiesen worden. Zwei Fragen sind entstanden, 1. an wen als Drittschuldner zuzustellen und wer zur Abgabe der Drittschuldnererklärung verpflichtet sei, 2. welche Verfügung hinsichtlich des Geldes zu treffen sei. Ad 1. Drittschuldner ist jedenfalls der Fiskus, es frägt sich nur, wer ihn vertritt. Prozeßvertreter ist regelmäßig nach Maßgabe der Verordnung vom 17. Dezember 1825 die Kreisregierung (Finanzkammer); allein darauf, wer den Fiskus in einem allenfallsigen Prozesse zu vertreten berufen ist, kommt es hier nicht an, sondern welche Behörde im Namen des Fiskus über die Asservate zu verfügen hat. Dabei ist wieder die strafprozessuale Anordnung nach § 111 StPO. und die tatsächliche Verfügung auseinanderzuhalten. Die Verwahrung der Asservate erfolgt nach der Verordnung vom 8. Sept. 1879, die Behandlung der in Strafsachen bei den Gerichten in Verwahrung kommenden Gegenstände betr., beim Landgericht durch einen vom Präsidenten desselben aufgestellten Konservator; bei den Amtsgerichten hat nach § 13 der zit. VO. der Dienstaufsicht führende Richter die nötigen Anordnungen über die Verwahrung zu treffen. Der Landgerichtspräsident und der Vorstand des Amtsgerichts als Vorstände der Behörde, bei welcher die Verwahrung erfolgt, sind also allein die richtigen Vertreter des Fiskus für die Zustellung des Pfändungsbeschlusses und die Abgabe der Drittschuldnererklärung, jeder solange, als sich die Sache in der Verwahrung seines Gerichts befindet. In Berufungssachen besteht allerdings die Uebung, daß Asservate nach Erledigung der Sache in zweiter Instanz zur weiteren Verfügung an das Amtsgericht zurückgegeben werden; gleichwohl ist meines Erachtens die Zustellung nicht an den Vorstand des Amtsgerichts zu richten, solange die Sache beim Landgericht verwahrt ist; bei allenfallsiger Rückgabe an das Amtsgericht ist Sorge zu tragen, daß dort die erfolgte Pfändung beachtet wird. Keinesfalls ist Drittschuldner der mit der Verwahrung betraute Beamte, der nur als Organ des Gerichtsvorstandes handelt, ebensowenig der Staatsanwalt, beim Amtsgericht der mit der Strafsache befaßte Richter und beim Landgericht die Strafkammer oder deren Vorsitzender, welche sämtlich die Sache nicht in ihrer Verwahrung haben. Ad 2. In unserem Falle hatte der Staatsanwalt Hinausgabe des Geldes an die Bestohlene vorbehaltlich der Pfändung beantragt; das Gericht hat eine Verfügung nicht getroffen. Nach § 111 Abs. 1 StPO. muß das Gericht jedenfalls dann eine Entscheidung über die Rückgabe treffen, wenn über dieselbe keine Einigung besteht; die Entscheidung erfolgt nach Abs. 2 daselbst vorbehaltlich der Entscheidung der Zivilgerichte über das Recht an dem Gegenstand, regelt also nicht dieses Recht, sondern lediglich den Besitzstand. Das Gericht kann die Entscheidung nicht durch Verweisung der Beteiligten auf den Rechtsweg oder durch Abwarten des Ausganges eines Zivilstreites umgehen. Eine Entscheidung ist aber auch dann notwendig, wenn ein Dritter auf Grund eines nach der Beschlagnahme erworbenen Rechtes Anspruch auf die Sache macht. Der Anspruch des Dritten hindert zwar die tatsächliche Hinausgabe an den Verletzten, die Hinausgabe muß vielmehr nach Maßgabe des Ueberweisungsbeschlusses an den Dritten erfolgen; vorher muß aber durch den Strafrichter festgestellt werden, daß der Besitz der Sache wieder dem Verletzten übertragen werden solle. Die Rechtmäßigkeit der Pfändung zu prüfen und über die Hinausgabe an den Dritten zu entscheiden, hat das Strafgericht keinen Anlaß, das ist Sache des Vertreters der verwahrenden Behörde. Erst wenn auf Grund der strafrichterlichen Entscheidung feststeht, daß der Verletzte ein Recht auf Herausgabe der beschlagnahmten Sache hat, das auf den Dritten übergehen konnte, vermag der Verwahrer die Sache auf Grund des Ueberweisungsbeschlusses an den Dritten hinauszugeben. Die Drittschuldnererklärung nach § 840 Abs. 1 Ziff. 1 CPO. vor der Entscheidung des Strafgerichts zu fordern, hat also meines Erachtens überhaupt keinen Sinn, sie könnte nur auf die demnächstige Entscheidung verweisen, da ja der Verwahrer den Anspruch des Verletzten auf Herausgabe gar nicht zu prüfen befugt ist.

Landgerichtsrat Keidel in München.



# Aus der Praxis der Gerichte.

## Reichsgericht.

**Zu §§ 276 II, 365, 437 BGB.** Trotz vertragsmäßigen Ausschlusses der Haftung für Sicherheit einer an Zahlungsstatt gegebenen Hypothek kann bei deren Ausfall wegen arglistiger Täuschung Schadensersatz gefordert werden.

Gründe: Wenn auch die Vorschrift des § 276 Abs. 2 BGB. hier nicht zur Anwendung kommt, so war doch der Berufungsrichter durch die in der Zessionsurkunde enthaltene Ausschließung der Gewährleistung für die Sicherheit der Hypothek (welche Ausschließung in der Regel nach §§ 365, 437 BGB. schon gesetzlich besteht) nicht gehindert, einerseits die arglistige Täuschung, andrerseits den Zusammenhang zwischen dieser und der Vertragsschließung nach freier Ueberzeugung festzustellen. Arglistiges Handeln konnte er insbesondere auch darin finden, daß der Zedent den Kläger auf die ihm, dem Zedenten, selbst verbleibende Nachhypothek (zur Beruhigung) hinwies, aber dabei verschwieg, daß diese Nachhypothek anderweit (durch Mobiliarüberlassung) gesichert sei. Urt. des R.G. V 175/04 v. 26. November 1904. —r.

---

## Bayer. Oberstes Landesgericht.

### A. Civilsachen.

**Zeugnis nach § 141 des Hypothekengesetzes.** Die Ehegatten Martin und Anastasia G. hatten in notarieller Urkunde vom 13. Mai 1874 allgemeine Gütergemeinschaft nach bayer. Landrecht vereinbart und bestimmt, daß bei dem Tode des einen Ehegatten der überlebende Alleineigentümer des gesamten beiderseitigen Vermögens werden und nur beim Vorhandensein ehelicher Kinder diesen das Vater- oder Muttergut auszuzeigen verpflichtet sein solle. Am 20. April 1904 starb Anastasia G. kinderlos. Das Amtsgericht W. als Nachlaßgericht ermittelte in der Nachlaßverhandlung vom 8. Juli 1904 die Erbverhältnisse, beurkundete den Antrag des Witwers an das Amtsgericht München I, den zum Nachlasse gehörenden Anteil an einer Hypothekforderung, die auf dem Blatt für ein Anwesen in München eingetragen ist, auf ihn als den Erben umzuschreiben und übersendete die Urkunde und das Protokoll an das Amtsgericht München I, Hypothekenamt, mit dem Ersuchen „um Vollzug der beantragten erbweisen Umschreibung auf den Witwer Martin G. als ausschließlichen Vertragserben gemäß notariellem Erbvertrag vom 13. Mai 1874". Das Hypothekenamt lehnte die Umschreibung ab, weil das Erbrecht des Martin G. durch Vorlegung eines Erbscheins nachgewiesen werden müsse. Das Landgericht München I wies die Beschwerde zurück. Das Oberste Landesgericht hob die Entscheidungen der Vorinstanzen auf und wies das Hypothekenamt an, auf den Antrag anderweit zu verfügen. Gründe: Nach § 73 der Nachlaßordnung vom 20. März 1903 sind die in den §§ 65 bis 72 für die Berichtigung des Grundbuchs gegebenen Vorschriften auf Umschreibungen im Hypothekenbuche nur insoweit anwendbar, als ihnen nicht Vorschriften des Hypothekengesetzes entgegenstehen. Im vorliegenden Falle ist die in den §§ 141, 153 des Hyp.G. enthaltene Bestimmung maßgebend, also ein Zeugnis des Nachlaßgerichtes erforderlich. Das Hypothekengesetz enthebt abweichend von dem § 36 GBO. das Hypothekenamt der Prüfung der Erbfolge auch in dem Falle nicht, wenn die Erbfolge auf einer in einer öffentlichen Urkunde enthaltenen Verfügung von Todes wegen beruht, es läßt auch in diesem Falle die Vorlegung der Verfügung und des Protokolls über die Eröffnung nicht genügen, sondern verlangt ein Zeugnis des Nachlaßgerichts. Irrig ist es aber, nur den mit öffentlichem Glauben ausgestatteten Erbschein im Sinne des § 2353 des BGB. gelten zu lassen, den das bisherige Recht nicht kannte. Das Hypothekengesetz verlangt nur ein Zeugnis des Nachlaßgerichts, es genügt also jede amtliche Erklärung des Nachlaßgerichts, welche den Uebergang des Rechtes auf die als Erbe bezeichnete Person feststellt. Im gegebenen Falle hat das Nachlaßgericht das Ergebnis der Ermittelung in dem an das Hypothekenamt gerichteten Ersuchen festgestellt, indem es unter Hinweis auf das seine Ermittelung enthaltende Protokoll den Martin G. als „ausschließlichen Vertragserben gemäß notariellem Erbvertrag vom 13. Mai 1874" bezeichnete. Das Ersuchen des Nachlaßgerichts enthält also das in den §§ 141, 153 des Hyp.G. verlangte Zeugnis. (Beschl. I. CS. Reg. III 61/1904 vom 21. Oktober 1904.)

Mitgeteilt von E. Pflagger, Rat am Obersten Landesgerichte.

---

### B. Strafsachen.

#### I.

**Urteil vom 31. Oktober 1904.** Unter „Treibjagd" im Sinne des § 3 der Verordnung vom 21. Mai 1897, die Feier der Sonn- und Festtage betr., versteht man die Jagdart, bei der das Wild durch eine unbestimmte Anzahl von Personen mit oder ohne Verwendung von Hunden aus seinem Stande oder Lager aufgescheucht wird, um es dem oder den Schützen zuzutreiben. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Treiber selbst mit Jagdausrüstung versehen sind oder nicht. Eine Jagd mit Hunden allein — ohne Beiziehung von Treibern — ist aber keine Treibjagd; ebensowenig eine Jagd, bei der die Schützen selbst nur durch die Ausübung der Jagd, wenn auch unter Verwendung von Hunden, das Wild gegenseitig zutreiben.

#### II.

**Urteil vom 3. November 1904.** Die auf Zustellung des landgerichtlichen Urteils und der staatsanwaltschaftlichen Revisionsschrift an den Angeklagten, dann auf Abgabe der Akten an die Staatsanwaltschaft gerichteten Anordnungen des Vorsitzenden der Strafkammer, sowie die vom Vorsitzenden des Strafsenats des Revisionsgerichts ausgegangene Anordnung betr. Vorlage der Akten an die Generalstaatsanwaltschaft sind, auch wenn sie weder die Tat noch den Täter ausdrücklich bezeichnen, sofern nur eine Tat und ein Täter in Frage steht, gemäß § 68 StGB. geeignet, die Verjährung zu unterbrechen. Anders sind Handlungen zu beurteilen, welche einen materiellen Inhalt nicht haben, z. B. Reproduktionsverfügungen oder solche, welche sich lediglich als Handlungen der Justizverwaltung oder der Registratur darstellen.

Der Leiter einer Versammlung im Sinne des Art. 2 Abs. 1 des bayerischen Vereinsgesetzes vom 26. 2. 50/15. 6. 98 hat gemäß Art. 5 für Aufrechterhaltung der Ordnung und des Gesetzes insbesondere auch in der Richtung zu sorgen, daß nicht Minderjährige entgegen dem Verbote in Art. 2 Abs. 3 der Versammlung anwohnen. Zur Erfüllung des subjektiven Tatbestandes einer Uebertretung des Art. 5 mit 20 genügt jedes Verschulden, auch Fahrlässigkeit. Ob und was der Leiter zur Erfüllung jener gesetzlichen Auflage zu tun hatte und ob er der Auflage durch sein Tun oder Unterlassen vorsätzlich oder fahrlässig zuwidergehandelt hat, muß von Fall zu Fall geprüft werden.

III.

**Urteil vom 15. November 1904.** Ein „Notfall" im Sinne des § 105 c Ziff. 1 der Reichsgewerbeordnung ist hauptsächlich dann gegeben, wenn die Arbeiten infolge eines unvorhergesehenen Ereignisses notwendig werden und überdies unverzüglich vorgenommen werden müssen.

Die „Bestellung" eines Betriebsleiters oder einer Aufsichtsperson im Sinne des § 151 Abs. 1 der Reichsgewerbeordnung kann sowohl durch den Gewerbetreibenden unmittelbar erfolgen, als auch mittelbar durch einen Beauftragten des Gewerbetreibenden, welchem dieser Vertretungsvollmacht erteilt hat.

Der Umstand, daß der bestellte Betriebsleiter die strafbare Handlung im Vollzuge eines von dem Oberleiter des Geschäfts ihm erteilten Auftrags begangen hat, macht den Betriebsleiter nicht straflos. Privatdienstverhältnisse können keine Pflicht zum unbedingten Gehorsam begründen. Nur ein Auftrag oder Befehl, durch den die freie Willensbestimmung aufgehoben wird, schließt die Zurechnung aus, sodaß der Handelnde als Werkzeug des Auftraggebers oder Befehlenden, letzterer als Täter erscheint.

IV.

**Urteil vom 22. November 1904.** Mit Einführung der Reichsgewerbeordnung ist nur der die Zulassung zum Gewerbebetrieb betreffende § 4, nicht auch der die Art und Weise der Gewerbeausübung betreffende § 8 Abs. 2 der bayerischen Verordnung vom 3. Juli 1861, die Schau- und Vorstellungen betr., hinfällig geworden; als „Berechtigte" im Sinne letzterer Bestimmung sind auch diejenigen anzusehen, welche zur Ausübung des Gewerbes an und für sich, auf Grund des § 1 der Reichsgewerbeordnung berechtigt sind. Wer deshalb außer dem Falle des § 2 der angeführten Verordnung in Wirtschaftslokalitäten gegen Bezahlung Musikstücke aufführen will, gleichviel ob dabei ein höheres Interesse der Kunst obwaltet oder nicht, hat gemäß Art. 33 des PStrGB. und dem angeführten § 8 Abs. 2 in den einzelnen Orten, in welchen er sein Gewerbe ausüben will, hiezu die besondere Erlaubnis der Ortspolizeibehörde nachzusuchen und darf ohne solche Erlaubnis das Gewerbe nicht ausüben. Ob die Erlaubnis mit Recht verweigert wurde, hat der Richter nicht zu prüfen. Zur Uebertretung genügt auch fahrlässiges Handeln.

V.

**Urteil vom 29. November 1904.** „Oeffentlicher Weg" im Sinne des § 366 Nr. 10 Str.G.B. ist jeder tatsächlich dem öffentlichen Verkehre dienende Weg. Eine im Interesse des Marktverkehrs verfügte Beschränkung des allgemeinen Verkehrs hebt die Oeffentlichkeit eines Weges oder Platzes nicht auf.

VI.

**Urteil vom 1. Dezember 1904.** „Gastwirtschaft" im Sinne des § 33 der Reichsgewerbeordnung betreibt, wer ein offenes d. h. jedermann oder doch den Angehörigen bestimmter Gesellschaftsklassen im allgemeinen offenstehendes Lokal hält, um Personen, sei es mit oder ohne Verpflegung, vorübergehend gewerbsmäßig zu beherbergen. Die Tätigkeit muß eine fortgesetzte und auf Erzielung eines Erwerbes gerichtete sein. Eine Vermietung von Zimmern, bei welcher der Aufgenommene nicht mehr als Gast, sondern als Mieter anzusehen ist, ist kein Gastwirtschaftsbetrieb.

Die Konzession zur Ausübung einer Schankwirtschaft, d. h. zum Ausschank von Getränken zum Genusse auf der Stelle, verleiht dem Schankwirt nicht ohne weiteres das Recht, gewerbsmäßig Personen zu beherbergen.

Mitgeteilt von Oberregierungsrat Dr. Englert.

## Oberlandesgericht München.

I.

**Die Frage, ob der Schuldner auf das durch § 811 CPO. ihm gewährte Privileg rechtswirksam durch Unterwerfung unter die Pfändung verzichten kann, bejaht OLG. München im Beschl. v. 5. XI. 04 hinsichtlich der Z. 1 mit 6 und verneint sie hinsichtlich der Z. 7 u. 8.** Der Beschluß führt aus: „§ 811 CPO. ist allerdings zum Schutze des Schuldners, insbesondere zur Ermöglichung seiner Existenzfähigkeit und insofern auch im öffentl. Interesse geschaffen worden. Die Rücksicht auf letzteren Umstand darf aber nicht zur Ueberschätzung der Tragweite dieser Gesetzesbestimmung und zu der Annahme führen, daß in ihr ein absolutes Verbot der Pfändung der in den einzelnen Ziffern aufgeführten Gegenstände zu erblicken sei. Die Entstehungsgeschichte zeigt vielmehr, daß nur in den Fällen, in welchen das öffentliche Interesse überwiegend in Frage kommt, also in jenem der Ziff. 7 und 8 das Verbot der Pfändung völlig durchgreifend sein soll, dagegen will der Gesetzgeber in den übrigen Fällen dem Schuldner das ihm gewährte Privilegium nicht gegen seinen Willen aufzwingen. In der Justizkommission des R.T. wurde von dem Regierungsvertreter zur jetzigen Ziff 4 des § 811 l. c. ausgeführt, es sei selbstverständlich, daß die vorgesehenen Beschränkungen nicht Platz greifen, wenn der Schuldner selbst damit einverstanden sei, daß die Pfändung sich auf die angenommenen Objekte erstrecke. Dem klar ausgesprochenen gesetzgeberischen Willen gegenüber darf nicht daran festgehalten werden, daß durch § 811 CPO. dem Schuldner verwehrt sein soll, der Pfändung von Gegenständen, die von einer solchen gesetzlich ausgenommen, sich zu unterwerfen. Wann und in welcher Form, ob vor oder bei oder nach der Pfändung, ob einseitig oder mittels Vertrags der Schuldner seine Zustimmungserklärung abgibt, ist gleichgültig, da in jedem Falle die Wirkung — die Ermöglichung des gläubigerischen Zugriffs auf die von der Pfändung sonst ausgenommenen Sachen — die gleiche ist. Erforderlich aber ist zur Rechtswirksamkeit der Erklärung, daß ihr Inhalt keinen Zweifel an dem ernstlichen Willen des Schuldners, auf sein Privilegium zu verzichten und an dem Bewußtsein desselben, daß er auf ein Recht und auf welches verzichte, aufkommen läßt. Die Prüfung der schuldnerischen Erklärung muß mit besonderer Vorsicht dann vorgenommen werden, wenn die Genehmigungserklärung schon vor der Pfändung durch den Gerichtsvollzieher stattgefunden hat, weil der Schuldner zu diesem früheren Zeitpunkte häufig nicht imstande ist, seine wirtschaftliche Lage, wie sie sich im Augenblicke der Pfändung gestalten wird, zu übersehen und im voraus zu beurteilen, ob der Rückgriff auf die angenommenen Gegenstände zur Deckung des Gläubigers sich als notwendig erweist."

Zur Entstehungsgeschichte des § 811 CPO. ist zu vergleichen Hahns Materialien Bd. II S. 85, 453, 838, 1153, 1154. Auf demselben Standpunkt wie das OLG. München steht für die Frage der Zulässigkeit der Unterwerfung unter die Pfändung der Komm. von Gaupp-Stein, 5. Aufl. Anm. I zu § 811. Doch bemerkt er, wie auch der Komm. von Neumiller, Anm. zu § 811, dieser unter Berufung auf die Entscheidungen des R.G. in C.S. Bd. 25 S. 292, Bd. 35 S. 31 und des Bayer. Obersten L.G. Bd. X S. 138, daß die durch das Gesetz gegebenen Beschränkungen nicht im voraus durch einen Vertrag ausgeschlossen werden können.

W.

II.

**Akkumulatoren-Batterie auf fremdem Grund als Zubehör eines Elektrizitätswerkes.** Eine Mühle bei R. wurde fast ausschließlich zur Erzeugung von Elektrizität für den Markt R. verwendet; hiezu dienten zwei Dy-

namomaschinen und eine als Reserve für fehlende Wasserkraft aufgestellte Lokomobile. Der Besitzer der Mühle, A., hatte auch eine Akkumulatoren-Batterie erworben, welche aus 120 Zellen bestand. Diese Batterie fand aber nicht Aufstellung in dem Mühlanwesen selbst, sondern auf einem Grundstück, etwa 1300 m von der Mühle entfernt, welches Grundstück dem B. gehörte. Diese Batterie hat den Zweck, den Strom von den Dynamos aufzunehmen, in Dreileiter zu verteilen und gleichmäßig auf das gesamte Leitungsnetz zu übertragen; es gehen zwei Hauptleitungsdrähte von den Dynamomaschinen zur Batterie, von dieser sechs Leitungsdrähte zum Markte K. und zwei Leitungsdrähte zur Mühle zurück zur Lichtabgabe für die Mühle. Am 15. Februar 1902 erwarb C. im Wege der Zwangsversteigerung das Mühlanwesen samt Zubehör als Eigentum. Zwei Gläubiger des A. ließen nun zugunsten ihrer vollstreckbaren Forderungen die auf fremdem Grunde stehende Akkumulatorenbatterie pfänden, indem sie annahmen, daß diese nicht zugleich mit der Mühle im Wege des Zuschlags auf C. übergegangen sei. C. erhob Widerspruchsklage gegen die erwähnten Gläubiger, mit welcher er in den beiden Instanzen durchdrang. Das OLG. München führte aus: Wenn die Batterie gesetzliches Zubehör der Mühle ist, teilt sie das Schicksal dieser Hauptsache; ob sie gesetzliches Zubehör ist, bestimmt sich lediglich nach §§ 97 und 98 BGB. Zugegeben ist, daß die Batterie dem wirtschaftlichen Zwecke der Hauptsache zu dienen bestimmt war, bestritten ist nur, ob sie zur Hauptsache in einem dieser Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnisse stand. Die räumliche Entfernung der Batterie von der Hauptsache hat nach dem einwandfreien Gutachten der Sachverständigen den besonderen Zweck, den Spannungsverlust, welcher durch die weite Entfernung der Stromquelle von der Stromabnahme (der Mühle von dem Markte K.) entsteht, durch Einschaltung der Batterie nahe dem Markte K. zu vermindern und an Material für Leitungsdrähte zu sparen. Die Batterie dient in dieser räumlichen Entfernung nicht bloß als Sammelstelle, sondern auch zur Ersparung von Spannungsverlust und von Anlagekosten, sie dient also dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache, welcher nicht bloß in der Erzeugung der Elektrizität, sondern in der möglichst lukrativen Erzeugung derselben besteht; ohne die weitere Entfernung und Anlage in der Nähe des Marktes K. würde der letztere Zweck nicht erreicht werden können. Die bloße Zweckbestimmung genügt nicht, es muß ein Verhältnis hergestellt sein, welches jene Bestimmung tatsächlich verwirklicht; es muß eine entsprechende räumliche Annäherung der Hilfssache und der Hauptsache vorliegen. Die Regel wird allerdings sein, daß die Nebensache, welche als Zubehör zu erachten ist, in, an oder auf der Hauptsache sich befindet; aber dies ist nicht erforderlich; die Bestimmung kann auch bei räumlicher Entfernung erfüllt werden; daß sie auf die gewählte Weise am besten und zweckmäßigsten zu erreichen ist, wird im Gesetz nicht gefordert; wenn die Bestimmung auf die gewählte Art erreicht werden kann, dann hindert auch die räumliche Trennung nicht. Daß der Begriff „räumliches Verhältnis" nicht zu eng aufzufassen ist, daß die Aufstellung der Sache auf fremdem Grund und Boden der Zubehöreigenschaft nicht entgegensteht, ist wiederholt vom Reichsgericht ausgesprochen worden (RGE. Bd. 55 S. 281 ff.). Die Batterie steht mit der Hauptsache durch zwei Leitungsdrähte in Verbindung; die Hauptsache selbst, die Stromquelle, ist an Ort und Stelle ohne Batterie, ohne solche könnte das Werk nur mangelhaft seinen Zweck erfüllen. Wer die Batterie auf fremdem Grundstück verbunden mit der Zentrale durch Leitungsdrähte sieht, wird das räumliche Verhältnis der Batterie zur Zentrale erkennen und sich sagen müssen, daß die Batterie der Hauptsache dient und infolge Verbindung durch die Leitung trotz Entfernung diesen Zweck bestimmungsgemäß erfüllt. Die Zubehöreigenschaft ist also offensichtlich; der nationalökonomische Zweck, welcher durch die Vorschrift eines räumlichen Verhältnisses erreicht werden wollte, nämlich die Sicherheit des Verkehrs zu ermöglichen, ist durch diese Offensichtlichkeit erfüllt. OLG. München 7. Okt. 04, L. 89, 04.

W.

## Oberlandesgericht Zweibrücken.

**Absoluter Charakter der in § 1717 BGB. normierten Empfängniszeit.** Das Amtsgericht hat die Klage, die auf Anerkennung der Vaterschaft zu dem am 1. Juli 1903 geborenen unehelichen Kinde und auf Leistung von Unterhaltsbeiträgen gerichtet ist, abgewiesen, da durch die Leistung des dem Beklagten zugeschobenen und durch Beweisbeschluß angeordneten Eides voller Beweis dafür erbracht wurde, daß der Beklagte mit der Mutter des Kindes zwar in der Nacht vom 1. auf 2. September 1902 vor Mitternacht geschlechtlichen Umgang gepflogen, nach Mitternacht dagegen und während der ganzen vom 2. September 1902 bis 1. Januar 1903 währenden Empfängniszeit nicht mehr geschlechtlich verkehrt hat. Das Landgericht hat der Klagspartei (Mutter und Kind) das für die Berufungsinstanz erbetene Armenrecht verweigert, das Oberlandesgericht die vom Vormunde des Kindes eingelegte Beschwerde zurückgewiesen. „Die dem amtsgerichtlichen Urteile zugrunde liegende Rechtsauffassung erscheint richtig und eine Berufung, die sich auf den Reifegrad des Kindes stützen will, aussichtslos. § 1717 BGB. stellt keine durch Gegenbeweis widerlegbare, überhaupt keine Vermutung auf, sondern enthält, worauf der Wortlaut und die Entstehungsgeschichte des Gesetzes gleichmäßig hindeuten — Mot. IV S. 648, 890, Prot. IV S. 678 — einen materiellen Rechtssatz absoluten Charakters. Der Anspruch auf Anerkennung der Vaterschaft zu einem unehelichen Kinde ist gegen denjenigen nicht begründet, der der Mutter des Kindes vor oder nach, nicht aber während der Empfängniszeit beigewohnt hat, mag die Mutter auch während der Empfängniszeit einem andern den Geschlechtsverkehr nicht gestattet haben." Vgl. Denkschr. z. BGB. S. 239 — Recht IV 456, 488, 514, V 490 und die dort IV 488 sowie bei Scherer III. Jahr S. 388 angeführten Schriftsteller. (Beschluß vom 17. November 1904, I. Senat.)

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Lunglmayr.

## Oberlandesgericht Bamberg.

**Kann der Vater eines unehelichen Kindes zum Erscheinen vor dem Vormundschaftsgerichte gezwungen werden?** §§ 12, 13, 15 GFG. Das badische Amtsgericht T. ersuchte das bayerische Amtsgericht W. um Vernehmung des von der Kindesmutter als Vater ihres unehelichen Kindes Apollonia W. bezeichneten R. Dieser erschien auch auf die Vorladung in W., gab zwar den Beischlaf mit der Kindesmutter zu, verweigerte aber unter der Behauptung, daß diese in der kritischen Zeit auch anderen Mannspersonen die Beiwohnung gestattet habe, die Anerkennung der Vaterschaft und Leistung von Unterhaltsbeiträgen. Nach wiederholter Vernehmung der Kindesmutter, welche den Verkehr mit anderen Männern leugnete, ersuchte das Amtsgericht T. das Amtsgericht W. um nochmalige Vernehmung des R. Dieser erschien jedoch trotz zweimaliger Vorladung seitens des Amtsgerichts W. nicht. Letzteres leitete daher die Akten mit unerledigtem Ersuchen an das Amtsgericht T. zurück. Dieses wiederholte hierauf sein Ersuchen um Vernehmung des R. unter der Begründung, „R. ist in dieser Sache zunächst Zeuge. Wir bitten, ihn also formell unter Strafandrohung zu laden, nötigenfalls sein Erscheinen durch gesetzlich zulässige Strafen zu erzwingen". Das Amtsgericht W. lehnte aber die Einleitung des Zeugniszwangsverfahrens gegen R. ab, weil derselbe Partei, nicht Zeuge sei.

Das Amtsgericht T. stellte hierauf an das Oberlandesgericht gemäß § 2 GFG. und § 160 GVG. den Antrag, es möge das Amtsgericht W. angewiesen werden, dem gestellten Ersuchen nachzukommen. Das OLG. wies den Antrag zurück. Aus den Gründen des Beschlusses: „Nach § 159 Abs. 2 GVG. darf das Ersuchen eines nicht im Instanzenzuge vorgesetzten Gerichts dann abgelehnt werden, wenn die vorzunehmende Handlung nach dem Recht des ersuchten Gerichts verboten ist.“ Dies ist hier der Fall; denn die vom Amtsgericht T. verlangte Vernehmung des R. unter Anwendung von Zwangsmaßregeln, um dessen Erscheinen bei Gericht herbeizuführen, ist gesetzlich unstatthaft. Es handelt sich um eine Vormundschaftssache, um eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit und es fragt sich, ob R. in diesem Verfahren als Beteiligter (Partei) oder als Zeuge in Betracht kommt, und ob er in dem einen oder andern Falle durch Ordnungsstrafen zum Erscheinen und zur Erklärungsabgabe gezwungen werden kann. a) Da die Vormundschaft über die Apollonia W. die Anerkennung der Vaterschaft zu dem unehelichen Kinde und die Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen für dasselbe von R. fordert, so ist dieser zweifellos als Beteiligter, als Partei anzusehen; er erscheint als Schuldner gegenüber der Vormundschaft als Gläubigerin. Das BGB. (§§ 1705 ff.), welches nur das materielle Vormundschaftsrecht ordnet, enthält keine Vorschrift, wonach der angebliche Kindesvater gezwungen werden kann, vor dem Vormundschaftsgerichte oder einem von ihm ersuchten Gerichte zu erscheinen und zu verhandeln. Auch die bayerische Vormundschaftsordnung (JMBl. 1900 S. 181 ff.) kennt nur ein freiwilliges Erscheinen des Kindesvaters vor Gericht; von einem Zwange ist nirgends die Rede und das Formular zur Ladung des Kindesvaters (Form. VII S. 233 a. a. O.) enthält keine Androhung eines Nachteiles für den Fall des Nichterscheinens. In § 13 GFG. ist zwar der Grundsatz ausgesprochen, daß das Gericht das persönliche Erscheinen der Beteiligten anordnen kann; das Gesetz knüpft aber keine Folgen an das unentschuldigte Ausbleiben und gewährt insbesonders nicht das Recht, das persönliche Erscheinen durch Ordnungsstrafen zu erzwingen. Schultze-Görlitz, K. z. GFG. § 13 Ziff. 1 Abs. 1; Schneider, K. z. GFG. § 13 Ziff. 3. Es kann also der Kindesvater als Beteiligter in dem Verfahren in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit das Erscheinen und Verhandeln verweigern. Bl. f. Rechtsanw. Bd. 67 S. 51. Da das Amtsgericht W. den R. zweimal geladen hat, dieser aber freiwillig nicht erschienen ist, konnte es das Ersuchen des Amtsgerichts T. nicht erledigen. Zur Anwendung von Zwangsmaßregeln fehlt es an der gesetzlichen Handhabe.*) b) Das Amtsgericht T. scheint selbst anzuerkennen, daß R. als Partei nicht zum Erscheinen gezwungen werden kann und bezeichnet ihn zunächst als Zeugen. Wenn er wirklich ein Zeuge wäre, könnte er allerdings zum Erscheinen und zur Erklärungsabgabe gezwungen werden. Nach § 12 GFG. hat das Gericht von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittelungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen; nach § 15 a. a. O. finden hierbei die Vorschriften der CPO. über den Zeugenbeweis, also auch die §§ 380, 390 über die Erzwingung des Zeugnisses, entsprechende Anwendung. Im vorliegenden Falle kann wohl die Kindesmutter, welche nicht beteiligt ist, als Zeugin vernommen und zum Erscheinen vor Gericht zwangsweise angehalten werden, nicht aber der vermeintliche Kindesvater; denn dieser ist nur Partei. Zeuge kann aber der nicht sein, welcher im Verfahren selbst Partei ist. Dorner, K. z. GFG. § 15 Ziff. 4a. Kamm.G.Beschl. v. 8. Juli 1901 in Johow, Jahrb. d. Entsch. des Kamm.G. Bd. 22 S. 205. Es verstößt also auch das Ersuchen des Amtsgerichts T., den R. als Zeugen zu vernehmen und ihn zum Erscheinen durch Strafen zu zwingen, gegen ein gesetzliches Verbot. Beschluß des OLG. Bamberg vom 14. September 1904 (Feriensenat) Beschw.R. 94/04.

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Schäfer in Bamberg.

*) Es könnte allenfalls aus Art. 130 des AG. zum BGB. in Verbindung mit § 13 GFG. eine solche gewonnen werden. In der Praxis hat man sich mit diesem Ausweg schon zuweilen geholfen, um den Uebelstand abzustellen, als den man das vielfache Ausbleiben der Beteiligten, besonders in den Großstädten, empfindet. Vgl. Haberstumpf, Nachlaßwesen S. 27, von der Pfordten Bem. 2d zu Art. 3 des bayr. Zwangserz.-Ges., a. M. Schad, Nachlaßwesen S. 36. (Anm. des Herausgebers.)

---

## Oberlandesgericht Nürnberg.

**Sind die Zivilgerichte befugt, die Löschung von Einträgen in den Kirchenbüchern anzuordnen?** Die Beklagte hat außerehelich ein Kind geboren und bei dessen Taufe den Kläger als Vater benannt. Diese ihre Angabe wurde in das Taufbuch des kathol. Pfarramts L. eingetragen. Durch diesen Eintrag fühlte sich der Kläger, der innerhalb der Empfängniszeit der Beklagten nicht beigewohnt haben will, beschwert und verlangte mit Klage die Verurteilung der Beklagten zur Herbeiführung der Löschung des Eintrags. Die Beklagte wendete unter Verweigerung der Verhandlung zur Hauptsache die Unzulässigkeit des Rechtsweges ein. Durch Zwischenurteil des Landgerichts wurde diese Einrede verworfen, da der erhobene Anspruch ein zivilrechtliches Verhältnis betreffe. Auf erhobene Berufung wurde dieses Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Aus den Gründen: Der Ansicht des Erstrichters, daß einem Berühmen der Kindesmutter gegenüber der angebliche Kindesvater gegen diese mit einer Klage auftreten könne, „jede Handlung, durch welche die Vaterschaft des Klägers an dem Kinde behauptet wird, zu unterlassen und eine schon vorgenommene Handlung in ihren Folgen wieder zu beseitigen“, kann in dieser Allgemeinheit von vorneherein nicht beigepflichtet werden. Der Verletzte mag auf Grund der §§ 186, 187 des RStGB. Strafantrag und gemäß § 188 a. a. O. Antrag auf Zuerkennung einer Buße stellen oder er mag auf Grund der §§ 823 Abs. 2, 824 des BGB. Schadensersatzklage erheben, Entsch. des Reichsger. in Zivils. Bd. 51 S. 369 ff., solche Befugnisse aber, wie sie der Erstrichter dem Kläger zuspricht, hat dieser nicht. Bestünde aber wirklich ein so weitgehendes Klagerecht, so darf jedenfalls der erhobene Anspruch nicht das Gebiet des bürgerlichen Rechts überschreiten, wenn die Zuständigkeit der Zivilgerichte begründet sein soll. Ein solcher Fall ist aber hier gegeben. Die Klage ist ausschließlich auf die Beseitigung des Eintrags im Taufbuch gerichtet. Es soll die Beklagte hierzu nicht bloß ihre Einwilligung geben, sondern sie soll die Löschung selbst herbeiführen, es wird von ihr eine Leistung verlangt, deren Erfüllung nicht in ihrer Macht liegt. Die Löschung des Eintrags unterliegt ausschließlich dem Ermessen der kirchlichen Behörden. Die Einrichtung und Führung der Kirchenbücher ist, da diese seit dem Inkrafttreten des Personenstandsgesetzes vom 6. Februar 1875, s. § 1 des Ges., den Charakter von Zivilstandsregistern verloren haben, eine rein kirchliche Angelegenheit geworden, die Kirchenbücher sind nur noch bestimmt, die Bewegung des kirchlichen Lebens zu veranschaulichen. Im Gebrauche ihrer Freiheit haben die katholische und die evangelische Kirche die nähere Bestimmung über die Fortführung der Kirchenbücher getroffen, die damit betrauten Pfarrämter sind nur den vorgesetzten geistlichen Behörden verantwortlich, der durch irrige Einträge beschwerte Dritte kann nur durch Anrufung der kirchlichen Behörden selbst und ihrer Oberen Abhilfe suchen. Ein zwingender Einfluß der Zivilgerichte ist ausgeschlossen, ein Eingriff in diese der Kirche vorbehaltenen, durch keine weltliche Aufsicht beschränkten Befugnisse verletzt öffentliches Recht. Silbernagl, Kath. Kirchenrecht, 4. Aufl., S. 375. Permaneder, Kath. Kirchen-

recht, 4. Aufl., S. 375. Richter, Kath. und prot. Kirchenrecht, 8. Aufl., S. 1224. Stingl, Best. des bayer. Staats über die Verwaltung des kath. Pfarramts, 2. Aufl., S. 294 ff. Aus einer Entscheidung im Sinne der Klagebitte könnte eine Zwangsvollstreckung nicht erfolgen, vgl. §§ 887 ff. der CPO. Richtig ist allerdings, daß der fragliche Eintrag ein zivilrechtliches Verhältnis betrifft, er wirkt aber nicht rechtserzeugend, er gibt nur eine tatsächlich erfolgte Angabe eines Pfarrkindes wahrheitsgetreu wieder; dem Kläger bleibt es unbenommen, Klage auf Feststellung zu erheben, daß er nicht der Vater des Kindes sei, und auf Grund eines für ihn günstigen Urteils die Berichtigung der Angabe der Kindesmutter bei dem Pfarramt zu erwirken. Wenn auch der Klageanspruch die Feststellung voraussetzt, daß der Kläger nicht der Kindesvater sei, so wird hierdurch der allein geltend gemachte Anspruch, die Kindesmutter habe die, wie nachgewiesen, gar nicht in ihrer Verfügungsgewalt liegende Löschung des Eintrags herbeizuführen, zu keinem privatrechtlichen.

H.

## Landgericht München I.

**Beschwerde des Nachlaßgerichts gegen das Vormundschaftsgericht.** Die am 17. November 1903 im Bezirke des Amtsgerichts L. verstorbene Privatiere Babette M. hat testamentarisch einem gewissen Leopold F. 500 Mk. vermacht. Der Bruder des Legatars gab als dessen Adresse gegenüber dem Amtsgericht L. eine in Cincinnati gelegene Wohnung an, bemerkte jedoch, daß er von Leopold F. seit Jahren keine Nachricht mehr habe. Das Amtsgericht L. übersandte daraufhin die Akten dem Amtsgericht München I mit dem Ersuchen, gemäß BGB. § 1911 und FG. § 39 für Leopold F. einen Pfleger zu bestellen und diesen zu hören. Das Amtsgericht München I lehnte die Einleitung einer Abwesenheitspflegschaft als zurzeit nicht veranlaßt ab, da zunächst der Versuch zu machen sei, durch die Konsulate nähere Auskunft über den derzeitigen Aufenthalt des Leopold F. oder über sein Ableben zu erhalten. Das Amtsgericht L. wiederholte sein Ersuchen und bat, die Akten eventuell dem Landgericht München I vorzulegen, an welches der Antrag gerichtet werde, das Amtsgericht München I zur Bestellung eines Abwesenheitspflegers und dessen Vernehmung anzuweisen. Das Amtsgericht München I beharrte auf seinem ablehnenden Standpunkt, legte die Akten dem Beschwerdegerichte vor und bemerkte hiebei, daß es nicht angehe, die Verpflichtung des Nachlaßgerichts zur Ermittelung des Aufenthalts von Beteiligten auf den Vormundschaftsrichter abzuwälzen. Dem gegenüber wies das Amtsgericht L. darauf hin, daß es unzulässig sei, das Nachlaßgericht zu weitwendigen, zeitraubenden Nachforschungen zu zwingen, dadurch die Nachlaßauseinandersetzung, unter Umständen mit Aussicht auf erhebliche Verluste, zu verzögern und die Ansprüche der übrigen Erben auf Aushändigung ihrer Erbteile unbefriedigt zu lassen. Das Landgericht München I hat mit Beschluß vom 28. März 1904 die Beschwerde des Amtsgerichts L. als unzulässig verworfen, da dasselbe in seiner Eigenschaft als Nachlaßgericht eigene Rechte in Beziehung auf die von ihm zu behandelnden Angelegenheiten Dritter nicht besitze, ihm daher ein Beschwerderecht weder auf Grund des § 20 noch des § 57 Abs. 1 Nr. 3 FG. zustehe (vgl. Rechtspr. d. OLG. Bd. 5 S. 287).

[Nachwort des Einsenders. Auch die im vorstehenden Beschlusse nicht berührte Frage, ob das Amtsgericht L. allenfalls auf Grund des Art. 73 des bayr. Ausf.G. zum GVG. v. 23. Febr. 1879 als zur Beschwerde berechtigt zu erachten gewesen wäre, dürfte zu verneinen sein, da eine „Verzögerung der Rechtspflege" nicht vorlag.]

Mitgeteilt von Landgerichtsrat Dr. Engelmann in München.

## Aus den amtlichen Blättern.

**Justizministerialblatt:** Nr. XIV vom 20. Dezember 1904. Bek. v. 3. Dez. 1904, den Vollzug des RG. vom 6. Febr. 1875 über die Beurk. des Personenstands u. d. Eheschließung betr. (Erstattung der Anzeigen über Geburten in den Gefangenenanstalten) S. 294. — Bek. v. 10. Dez. 1904, die Anl. d. Grundbuchs in der Pfalz betr. (Grundbuch vom 1. I. 05 an für angelegt erklärt u. a. für die St.G. Herschweiler-Pettersheim, Vogelbach, Hilst, Schweix, Würzweiler, Wallhalben, Sand, Falkenstein, Einöllen, Roßbach, Battweiler, Bockweiler). S. 296.

**Finanzministerialblatt:** Nr. 18 vom 20. Dezember 1904. Bek v. 17. Dez. 1904, die Verrechnung von Geldstrafen u. von Erlösen eingezogener Gegenstände in gerichtl. erled. Zollstraff. betr. S. 235.

## Literatur.

**Dames, Dr. K.,** K. Landgerichtsrat in Ansbach. A. Regers Handausgabe der in Bayern gültigen Polizeistrafgesetzgebung. Dritte, gänzlich neu bearbeitete Auflage. Ansbach 1905, C. Brügel & Sohn. Geb. M. 5.50.

Als im Jahre 1895 die zweite Auflage des Reger'schen Polizeistrafgesetzbuches in der Bearbeitung von H. Reuß erschien, begrüßten die mit der Handhabung des Polizeistrafgesetzbuches betrauten Verwaltungsbeamten, Amtsanwälte und Richter dieses Buch auf das freudigste und acht Jahre lang war ihnen das vorzügliche Werk ein trefflicher Berater. Gegenüber der kurz vorher erschienenen fünften Auflage des Frh. v. Riedel'schen Kommentars zum PStGB., in der Bearbeitung des nunmehrigen K. Staatsrates Dr. von Pröbst, hatte es den unbedingten Vorzug der Handlichkeit und manchen Benützern war auch die Einreihung der Bestimmungen des Reichsstrafgesetzbuches unter die Bestimmungen des PStGB., wie sie sich in dem v. Riedel'schen Kommentare findet, weniger sympathisch als die Anordnung der Reger-Reuß'schen Ausgabe. Den Anforderungen der Handlichkeit und des praktischen Gebrauches ist nun zwar der von Riedel'sche Kommentar in der letzten durch Reg.Ass. von Sutner besorgten Auflage im vollsten Umfange nachgekommen — gleichwohl wird die von Landgerichtsrat Dr. Dames bearbeitete, uns vorliegende dritte Auflage der Reger'schen Polizeistrafgesetzgebung bei allen alten Freunden derselben wärmste Aufnahme finden und sich ohne Zweifel auch zahlreiche neue Freunde erwerben. Dafür spricht der reiche Inhalt und die übersichtliche Anordnung des Stoffes, die alle Reger'schen Handausgaben auszeichnet und denen sich das vorliegende Buch in würdiger Weise anreiht. Wer mit dem Polizeistrafgesetzbuche zu arbeiten hat, wird die neue Ausgabe nicht missen können. —t—

**Kleinfeller, Dr. Georg,** Universitätsprofessor in Kiel. Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Berlin 1905, Verlag von Franz Vahlen. Brosch. 12 M., geb. 13 M.

Unter den zahlreichen Lehrbüchern des Zivilprozeßrechts hat bisher keines eine so führende Stellung eingenommen und eine so weite Verbreitung gewonnen, wie etwa seinerzeit Dernburgs Lehrbuch für das Studium der Pandekten oder Liszts Lehrbuch im Strafrecht. Auch das hervorragende Buch von Planck war bei den Studierenden nicht sonderlich beliebt; es war zu abstrakt und für den Anfänger zu schwierig. Kleinfellers Lehrbuch vereinigt in glücklicher Weise wissenschaftliche Vertiefung mit Anschaulichkeit: es wird ihm daher eine bedeutsame Rolle im akademischen Studium sicher beschieden sein. Das System — zum Teil dem von J. W. Planck gewählten nachgebildet — bietet volle Uebersichtlichkeit. Es scheidet die Darstellung in zwei Hauptteile; im ersten werden die Prozeßsubjekte (der Staat und seine Organe, die Parteien und ihre Vertreter) behandelt. Der zweite Teil umfaßt die Prozeßhandlungen. Nach Erläuterung der allgemeinen Grundsätze wird der Gang

des Verfahrens dargestellt: A. Erkenntnisverfahren; B. Vollstreckungsverfahren; C. Kostenwesen. Unterabteilungen von A sind: ordentliches Verfahren, besondere Verfahrensarten. Der erstere Abschnitt ist wieder gegliedert in das Verfahren 1. Instanz und die Lehre von den Rechtsmitteln. (Ablehnung, Versäumnis, Unterbrechung usw. sind als besondere Fälle des Verfahrens 1. Instanz behandelt.) Die geschichtlichen Erörterungen halten sich in bescheidenem Umfang, sie sind in knapper Form jeweils den einzelnen größeren Abschnitten vorangestellt. Mit der Anführung der Literatur war der Verfasser sehr sparsam, was durch den Zweck des Buchs gerechtfertigt wird. Eine etwas reichere Verwertung von Entscheidungen wäre dagegen nicht unangebracht gewesen: es kann wohl nichts schaden, wenn der Studierende sich baldigst daran gewöhnt, die Rechtsprechung zur Vergleichung heranzuziehen. Auch eine größere Zahl von Beispielen wäre erwünscht. Darstellung und Sprache sind einfach aber gewählt und klar. Das Bestreben, vom Allgemeinen zu dem Besonderen vorzugehen, tritt überall deutlich hervor. Zahlreiche Verweisungen auf die Gesetze regen den Leser an, diese selbst zur Hand zu nehmen: was der Verfasser über diesen Punkt im Vorwort sagt, kann gar nicht genug beherzigt werden.

Es mag hervorgehoben werden, in welchen Grundfragen der Verfasser zu einer bemerkenswerten Stellung gelangt. Er leugnet den sog. Rechtsschutzanspruch und das „publizistische Klagerecht“ (S. 46 ff., 262). Bei Besprechung der Streitfrage über den Klagegrund lehnt er die Forderung der Angabe aller rechtsbegründenden Tatsachen ab (S. 268).*) Das „Prinzip des Wiederkäuens“ wird verworfen (S. 279), ebenso die von J. W. Planck aufgestellte Lehre von der Eigenschaft der Zwangsvollstreckung als Verwaltungsverfahren (S. 591 Fußnote 2). Auch zu zahlreichen für die Praxis wichtigen Einzelheiten hat sich der Verfasser geäußert, so u. a. zu den Streitfragen über die Gerichtsstände der §§ 22, 23 (S. 98, 104), über die Ausdehnung der Prozeßvollmacht auf Aufrechnung und Anfechtung (S. 148, wo der Auffassung der Praxis beigetreten wird), über die Art der Abstimmung (S. 226)**). Bei Erörterung der Beweislast wird (wohl mit Recht) die früher herrschende Meinung gebilligt, daß der Kläger den unbedingten Geschäftsabschluß beweisen müsse, wenn der Beklagte eine aufschiebende Bedingung behauptet (S. 319). Auf S. 398, 399 wird gegen die überwiegende Anschauung die Meinung vertreten, daß nur die bei der Beratung und Abstimmung tätigen Richter bei Verkündung des Urteils mitwirken können. Ueber den Prozeßvergleich wird (S. 455 f.) unter Hinweisung auf den Stundungsvergleich gelehrt, daß weder Streit und Ungewißheit bestehen noch ein gegenseitiges Nachgeben stattfinden müsse. (Dies dürfte richtig sein, doch ist zu beachten, daß ein Vergleich nicht wohl möglich ist, wenn der Beklagte ohne Einschränkung den ganzen Klaganspruch zu befriedigen verspricht; es muß wenigstens der Kläger irgendwie etwas nachlassen.) Der Zuschlag in der Versteigerung wird als Vertrag bezeichnet und diese Anschauung soll offenbar auch für die Zwangsversteigerung von Grundstücken gelten (S. 640). Dieser Meinung muß — wenigstens für das ZwVG. — entgegengetreten werden (vgl. insbes. die überzeugenden Ausf. bei Fischer-Schäfer, ZwVG. S. 28 ff.). In den Erl. zu § 864 Abs. 2 CPO. wird auf S. 664 ausgeführt, der Anspruch des Gläubigers könne nur dann aus einem Recht an einem Bruchteil bestehen, wenn der Bruchteil im Anteil eines Miteigentümers bestehe. Diese Fassung kann irreführen: es ist denkbar, daß frühere Miteigentumsanteile verschwunden sind und doch die selbständigen Belastungen der einzelnen Anteile stehen geblieben sind und die Möglichkeit der Vollstreckung in diese gewähren (vgl. Jäckel, ZwVG. 2. Aufl., S. 7, 8). In der Fußnote 3 auf S. 482 wird es anscheinend mißbilligt, daß viele Gerichte sich einer Ansicht des Reichsgerichts schon mit Rücksicht auf die Ständigkeit der bezüglichen Rechtsprechung unterwerfen. Dieser Tadel dürfte nicht ganz gerechtfertigt sein. Wenn sich in einer Frage wirklich eine fortlaufende Praxis des Reichsgerichts gebildet hat, so ist der Richter berechtigt, sich ihr auch ohne Rücksicht auf das innere Gewicht der Gründe zu fügen. Andernfalls würde er vielfach die Parteien zu der Anrufung einer weiteren Instanz veranlassen und ihnen so erhebliche Mehrkosten verursachen. von der Pfordten.

---

*) In Fußnote 2 auf S. 268 heißt es: „a. M. die Kommentare (ausgenommen Petersen-Anger)“. Hier hätte Seuffert als der vornehmste Anhänger der von Kleinfeller vertretenen Auffassung Erwähnung verdient.

**) Es wird Abstimmung nach Gründen empfohlen, soweit sich die Entscheidung in logische Schlüsse auflösen läßt.

**Seuffert, Dr. Lothar,** Universitätsprofessor in München. Kommentar zur CPO. nebst dem Einführungsgesetze. Neunte, neu bearbeitete Auflage. Erster Band. (§§ 1—510.) München 1905, C. H. Becksche Verlagsbuchhandlung (Oskar Beck). Brosch. 15 M. 50 Pfg., geb. 17 M. 50 Pfg.

Der Seuffertsche Kommentar war von jeher das beliebteste Hilfsmittel der bayerischen Praxis. Auch das hervorragende Werk von Gaupp-Stein vermochte ihn aus dieser Stellung nicht zu verdrängen. Die 9. Auflage — die schon ganz kurz nach Vollendung der 8. notwendig geworden ist — bietet eine Erläuterung des Gesetzes, die wohl kaum mehr übertroffen werden kann. In der Art, wie der ungeheuere Stoff in die knappste Form gebracht ist, steht das Seuffertsche Werk einzig da. Die Literatur ist mit der größten Sorgfalt angeführt; nicht nur die Rechtsprechung und die Abhandlungen in Zeitschriften, sondern auch zahllose Monographien sind berücksichtigt. Dennoch hat man nie den Eindruck der Unübersichtlichkeit. Was den Kommentar besonders auszeichnet, ist die gründliche Klarlegung der Beziehungen des Prozeßrechts zum materiellen Rechte. Das Erscheinen des 2. Bandes ist für Ostern 1905 in Aussicht gestellt.

von der Pfordten.

**Calker, Dr. Fritz van,** Professor der Rechte an der Universität Straßburg. Ethische Werte im Strafrecht. Berlin 1904. Otto Liebmann. Mk. 1.20.

Zwischen Strafrecht und Ethik die rechte Grenze zu ziehen, ist sehr schwer. Man hat das Recht schon als das ethische Minimum bezeichnet, so daß die mit dem Schutze des Rechts ausgestatteten Postulate stets auch solche der Ehtik wären, denen aus Gründen der öffentlichen Ordnung durch die Staatsgewalt ein besonderer Nachdruck verliehen wird. Von dieser Auffassung aus gelangt man leicht dazu, für die Bewertung der menschlichen Handlungen, die besonders dann von Bedeutung wird, wenn die Handlungen gegen Vorschriften des Strafrechts verstoßen, ethische Erwägungen als den einzig richtigen Maßstab anzuerkennen. Van Calker, dessen frühere Arbeiten auf diesem Gebiete bekannt sind, weist in der vorliegenden kleinen Schrift auf das Unrichtige dieses Gedankenganges hin. Wohl sieht auch er im Recht einen Teil der sittlichen Ordnung, welche das Zusammenleben und Zusammenwirken der Menschen im Sinne der Idee der Vervollkommnung der Gemeinschaft und ihre Glieder zu regeln bestimmt ist, aber er hebt klar hervor, wie die juristische und die ethische Beurteilung einer Handlung verschiedene Wege gehen. Das Recht verlangt ein bestimmtes äußeres Verhalten und begnügt sich damit; Handlungen, die gegen diese Anforderung nicht verstoßen, sind legal, Handlungen, die dagegen verstoßen, sind rechtswidrig; das Motiv kommt erst in zweiter Linie in Betracht. Für die Ethik dagegen ist die Beschaffenheit des Willens, nicht die Tätigkeit und

ihr äußerer Erfolg entscheidend; die ausschließliche Betonung dieses subjektiven Moments auf Kosten des objektiven steht also mit dem Wesen des Rechts im Widerspruche. In anschaulicher Weise wird die Bedeutung des Gegensatzes an den strafrechtlichen Begriffen der Schuld, des Versuchs, besonders des Versuchs mit untauglichen Mitteln und am untauglichen Objekt, der Mittäterschaft und der Beihilfe gezeigt. Der Verfasser gelangt zu dem Ergebnisse, daß neben der juristischen Beurteilung von strafbaren Handlungen auch die ethische Platz greifen muß und daß sie das bei der Bestimmung der Strafe nach Art und Maß in weiterem Umfang und in konsequenterer Durchführung tun muß, als das im geltenden Rechte geschieht. Er verlangt insbesondere, daß die Qualität der Gesinnung beachtet und deshalb, wenn das Verbrechen aus einer ehrenhaften Gesinnung entsprungen ist, stets auf eine besondere Art der Freiheitsstrafe erkannt, anderseits aber bei erhöhter Intensität der verbrecherischen Gesinnung über den regelmäßigen Strafrahmen hinausgegriffen werden sollte. Für die Intensität der verbrecherischen Gesinnung werden drei Stufen aufgestellt: der Gelegenheitsverbrecher, bei dem es eines starken äußeren Reizes bedarf, um ihn zum strafbaren Handeln zu verleiten, der Gewohnheitsverbrecher, bei dem die Hemmungsvorstellungen gegen den Anreiz zum Verbrechen stark abgestumpft oder ganz ausgeschaltet sind, und der Neigungsverbrecher — eine übrigens vom Verfasser nicht gebrauchte Bezeichnung — dem die Begehung von Verbrechen als solche eine Lust gewährt. Mit dieser Unterscheidung nähert sich van Calker den Aufstellungen der modernen Richtung, der er sonst grundsätzlich ablehnend gegenübersteht.

Landgerichtsrat Riß.

**Müller**, Dr. **Gustav** und **Meikel, Georg**, Kgl. II. Staatsanwälte in München. Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs. 2. vollständig umgearbeitete Auflage. 2 Bände. München 1904. J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). Gebd. Mk. 20.—.

Von dem schätzbaren Werke liegt die zweite Auflage in geschmackvoller Ausstattung vor (Doppelband). Die Herausgeber haben sich ein zweifaches Ziel nach dem Vorworte gesteckt: sie wollen sowohl dem angehenden Juristen wie dem fertigen Praktiker mit ihrem Buche dienlich sein. Diese zweiseitige Aufgabe ist glücklich gelöst. Nach wie vor erscheint das Werk in erster Reihe für Studierende und insbesondere auch für Rechtspraktikanten hervorragend geeignet, ein systematisches Einleben in das bürgerliche Recht zu ermöglichen. Gerade das systematische Studium sollte auch von unseren Rechtspraktikanten nicht verabsäumt werden, um nicht unter dem Studium einzelner Gesetzesnormen und Entscheidungen, wodurch das Wissen sich in gewissem Sinne zerstückelt, den unbedingt notwendigen Ueberblick in den einzelnen Rechtsgebieten zu verlieren. Es wird aber auch der erfahrene Praktiker das Buch mit gutem Erfolge benützen können, wobei nur auf einen Gesichtspunkt hier hingewiesen sein mag: Oft soll der Praktiker rasch eine Detailfrage aus einem Gebiete lösen, das ihm an sich ferner liegt. In derartigen Fällen schafft ein derartiges Werk, wie das vorliegende, schnell die gewünschte allgemeine Orientierung und die Wiederauffrischung der betreffenden Materie, wobei auch die am Schluß des Werkes abgedruckte Zusammenstellung der darin behandelten Paragraphen des BGB. sehr gute Dienste leistet. Im allgemeinen sei noch bemerkt, daß der umfangreiche Stoff sehr übersichtlich und bündig verarbeitet ist; die Darstellung ist frisch gehalten, allenthalben eingestreute, gut gewählte Beispiele erleichtern das Verständnis, der Kontakt mit der neueren oberrichterlichen Praxis ist durchweg hergestellt.

Landgerichtsrat Stober.

## Notizen.

**Vom Code civil.** Das große Werk der Napoleonischen Gesetzgebung, der Code civil, dessen Hundertjahrfeier vor einigen Wochen in Paris festlich begangen worden ist, soll jetzt einer Revision unterzogen werden. Der Justizminister Herr Vallé hat in Ausführung der Absicht, die er in seiner Festrede angedeutet hat, nunmehr eine Kommission mit dem Auftrage betraut, in den bürgerlichen Gesetzbüchern des Auslands und in den Verhandlungen der französischen Kammern nach juristischen Ergebnissen zu forschen, die einen Fortschritt der Gesetzgebung bedeuten und in den Code civil aufgenommen zu werden verdienen. Der Kommission gehören mehrere Senatoren und Deputierte, außerdem auch die Schriftsteller Marcel Prévost und Paul Hervieux an.

**Schutz ausländischer Urheberrechte in Amerika.** Die American Lithographic Co. (der lithographische Trust) hatte vor einigen Jahren in Form von Plakaten für eine gewisse Tabaksmarke ein im Verlage der Photographischen Gesellschaft in Berlin erschienenes Bild „Chorus“ von dem englischen Maler Dendy Sadler nachgebildet. Darauf strengte die Photographische Gesellschaft auf Grund ihres in Washington eingetragenen Copyrights einen Prozeß an, in dem kürzlich die Entscheidung zugunsten der Klägerin gefällt worden ist. Diese Entscheidung ist für den gesamten europäischen Kunstverlag von größter Tragweite und wird auch für weitere Kreise Interesse haben. Es ist durch sie nämlich eine frühere Entscheidung umgestoßen worden, nach der die Ausstellung eines Gemäldes als eine Veröffentlichung anzusehen sein und, wenn sie ohne die sogenannte Copyrightnotiz auf dem Original erfolgt, den Verlust des Schutzes des amerikanischen Copyrightgesetzes zur Folge haben sollte. Dies würde — da fast jedes Gemälde früher oder später einmal ausgestellt wird, und da kaum ein Künstler sich dazu herbeilassen würde, sein Original durch eine Aufschrift zu entstellen —, die Anmeldung europäischer Kunstwerke in den Vereinigten Staaten unter dem Copyrightgesetz sozusagen wertlos gemacht haben. Die neue Entscheidung setzt diese bedenkliche Rechtsanschauung beiseite und schafft einen gesunden Boden für den Schutz ausländischer Künstler und Verleger. In einem Strafprozesse, den die Photographische Gesellschaft gleichzeitig gegen die American Lithographic Co. angestrengt hatte, ist diese zu 10 000 Dollars Strafe und Buße verurteilt worden. Nach dem amerikanischen Copyrightgesetz fällt hiervon die eine Hälfte dem Kläger, die andre Hälfte dem Staate zu. Wahrscheinlich wird die beklagte Partei gegen dieses Urteil Berufung einlegen. Uebrigens soll, wie die Wiener „Neue Freie Presse“ aus Washington erfährt, das neue Urheberrechtsgesetz (copyright bill), das wesentliche Aenderungen des Gesetzes vom Jahre 1891 enthält, vom Repräsentantenhause angenommen worden sein. Ueber Annahme der Bill durch den Bundessenat soll kein Zweifel bestehen. Sie gewährt dem Autor eines im Ausland erschienenen Werkes das Urheberrecht an der englischen Uebersetzung oder Dramatisierung, vorausgesetzt, daß das Land, in dem die Originalausgabe erschienen ist, amerikanischen Autoren dieselben Rechte zubilligt. Es ist bekannt, daß insbesondere der deutsche Büchermarkt unter den bedenklichen Zugriffen amerikanischer Verleger und Zeitungseigentümer empfindlich zu leiden hat, da die Bestimmungen des bisher geltenden Gesetzes vom Jahre 1891 die Erlangung eines „Copyright“ für ausländische Autoren nahezu unmöglich gemacht haben. Die Bestätigung der Meldung, die abzuwarten bleibt, wäre also sehr erfreulich.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, II. Staatsanwalt im K. Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

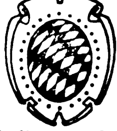
Nr. 3. München, den 1. Februar 1905. 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).



Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.



## Der Selbstmord im Strafrecht und im bürgerlichen Recht.

Von **Dr. jur. L. Kuhlenbeck**, ord. Professor des deutschen Rechts in Lausanne.

Recht und Moral verhalten sich zueinander wie zwei sich schneidende Kreise. Allerdings ist derjenige Kreis, der die Moral darstellt, von weit größerem Umfange, als derjenige des Rechts; denn der größte Teil der moralischen Handlungen muß der freien Gesinnung überlassen bleiben; auch fallen die Zentra, die Mittelpunkte beider Kreise weit auseinander. Bei Beurteilung einer Handlung vom moralischen Standpunkte aus sehen wir auf die Gesinnung, bei der Beurteilung vom rechtlichen Standpunkte aus auf den Erfolg, und die Gesinnung kommt im Recht nur vereinzelt und sekundär, z. B. bei der Strafzumessung im Strafrecht in Frage. Es bleibt aber dabei, daß der größte Teil der rechtlich verbotenen Handlungen auch unmoralisch ist, und daß nur ein verhältnismäßig geringer Teil derselben moralisch indifferent ist, d. h. außerhalb des von dem Radius der Moral umschriebenen Kreises fällt. Eine Rechtsordnung, die sich ihrem wesentlichen Charakter nach außerhalb der moralischen Anschauung des Volkes und des „Zeitgeistes" stellte, würde nicht von langem Bestande sein können. Vielmehr bilden den wesentlichen Inhalt jeder Rechtsordnung *solche* Moralvorschriften, deren Bedeutung für die Gesellschaft so groß ist, daß sie wenigstens ihrer objektiven Seite nach als äußerliche Handlungen erzwingbar sein müssen. Der tiefere Grund dieses Zusammenhangs zwischen Recht und Moral liegt in der Identität ihres Zwecksubjekts; das Zwecksubjekt sowohl der Moral als des Rechts ist nämlich die *Gesellschaft*. Vgl. darüber die unwiderlegbare Darstellung v. *Iherings* im Zweck im Recht II, 177 ff. Der hier vertretene sog. Utilitarismus schließt jedoch eine höhere (metaphysisch-religiöse) Auffassung der Ethik keineswegs aus. In letzter Linie koinzidieren nämlich die Zwecke des Individuums doch mit denen der Gesellschaft, wie dies, abgesehen von dem großen Thomas ab Aquino, auch Schiller in seinen Briefen über die ästhetische Erziehung des Menschengeschlechts, Reklam XII S. 7 erkannt hat.

Aus diesem Grunde werden unsere Rechtsanschauungen stets eine Funktion unserer Moralanschauungen bilden; eine Verfinsterung der letzteren wird auch von einer Verfinsterung der ersteren begleitet sein. Die größte Verfinsterung der Moralanschauungen ist aber zu besorgen, wenn der von v. Ihering so glänzend nachgewiesene Charakter der gesellschaftlichen Zweckwidrigkeit des Unmoralischen verkannt wird.

Einen vortrefflichen Prüfstein dieses utilitaristischen Wertes der Moral bietet meines Erachtens die Frage nach der Moralität oder Unmoralität des Selbstmords. Der letztere kann nur vom Standpunkte einer einseitig individualistischen, also nach dem Begriffe der Moral selber, die die conditio sine qua non der Gesellschaft bildet, unmoralischen Weltanschauung gerechtfertigt oder entschuldbar erscheinen. Der Mensch ist zwar für sich da, er ist Selbstzweck, und die Welt ist für ihn da, aber diesen beiden Fundamentalsätzen fügt sich als dritter an, daß der Mensch auch für die Welt da ist, d. h. für seine Nächsten, seine Angehörigen, sein Vaterland, für die Menschheit, kurz gesagt, daß jeder Mensch gesellschaftliche Pflichten hat (Zoon politikon). Wenn das heidnische Altertum zeitweilig, in der Periode z. B. des Verfalls der römischen Gesellschaft, wenn ferner heidnische Kulturen der Gegenwart, z. B. die japanesische, den Selbstmord nicht verurteilt haben, so kann doch ungeachtet des Mangels direkter Worte der Hl. Schrift die unbedingte Verwerflichkeit des Selbstmords vom *christlichen* Standpunkte aus nicht bezweifelt werden.

Von dem, wie bereits Thomas ab Aquino erkannte, vgl. v. Ihering a. a. O. S. 161, mit dem christlichen *äußerlich* kongruenten utilitaristischen Standpunkte aus — omne honestum publice utile, omne turpe damnosum — ist die Gemeinschädlichkeit des Selbstmords und jeder denselben beschönigenden individualistischen Sentimentalität unschwer einzusehen. Aus diesem Grunde ist zunächst die

Gleichgültigkeit unseres modernen Strafrechts gegenüber dem Selbstmord **nicht** zu billigen und erscheint mir das übliche moderne Parteinehmen eines Teils des Publikums gegen das in dieser Hinsicht am alten festhaltende **katholisch-kirchliche** Strafrecht geradezu als ein Zeichen von décadence.

Es ist nur ein fader Witz, den Gedanken einer kriminalistischen Verurteilung des Selbstmords, da sich ja der Selbstmörder eben durch seine Tat jeder irdischen Gerechtigkeit entziehe, zu verspotten. Daß nämlich Strafen vor allem prohibitiv wirken sollen, mag auch die Abschreckungstheorie einseitig und ausschließlich vertreten unzulänglich sein, daß ferner eine auch post mortem erst wirksame öffentlichrechtliche Verurteilung des Selbstmords, z. B. durch Versagung gewisser Begräbnisehren, prohibitiv wirken kann, ist doch wohl kaum zu leugnen.

Zum mindesten aber sollte neben dem **Versuch** des Selbstmords auch die **Anstiftung** und **Beihilfe** zu solchem einer Kriminalstrafe unterworfen sein. Folgender Fall zeigt deutlich, daß unser modernes Strafrecht in dieser Richtung eine Lücke enthält. Der A, welcher mit der B ein Liebesverhältnis unterhalten hatte, das ihm, da zumal die B schwanger geworden ist, unbequem wurde, verleitete diese dazu, nach einem im modernen dekadenten Geschlecht nicht seltenen Beispiel — die Statistik dieser Art von Doppelselbstmorden ist leider progressiv —, gemeinsam mit ihm Gift zu nehmen; er selber nimmt aber sofort ein Gegengift und befördert so seine ihm unbequem gewordene Maitresse durch Vorspiegelung einer falschen Tatsache aus dem Leben. Da die B freiwillig aus dem Leben geschieden ist, kann A nach der herrschenden Theorie vom Kausalzusammenhang nicht wegen Mordes angeklagt werden, obwohl er zweifellos moralisch als feiger Mörder erscheint. Aber zweifellos ist die Anstiftung zum Selbstmorde straflos. Es sollte meines Erachtens nicht so sein; ebenso sollte auch die Beihilfe zum Selbstmorde strafbar sein! Ich erinnere daran, daß vor Jahren ein Hamburger Rechtsanwalt seinem Klienten im Gefängnisse einen Revolver zum Zwecke des Selbstmords zusteckte; er konnte nach Lage des heutigen Rechts nur disziplinarisch bestraft werden.

Die Lückenhaftigkeit unseres modernen Strafrechts, das in der modernen Zeitströmung noch weiter Gefahr läuft, in krankhafter Weise „humanisiert" zu werden — vgl. dagegen meine Ausführungen in den Natürlichen Grundlagen des Rechts und der Politik S. 187 —, darf aber der uns, als Zivilisten, hier vorzugsweise am Herzen liegenden **privatrechtlichen Beurteilung** des Selbstmords kein Präjudiz schaffen.

Der Selbstmord braucht keine strafbare Handlung zu sein, um sich als unerlaubte, zum mindesten sittenwidrige Handlung des bürgerlichen Rechts darzustellen.

Ich behaupte nun keineswegs, daß er dies unter allen Umständen ist, wohl aber, daß er es unter Umständen, nämlich dann, **wenn durch den Selbstmord fremde Rechte verletzt werden**, sein kann.

Selbstverständlich kann als rechtswidrig nur der in zurechnungsfähigem Zustande verübte Selbstmord gelten. Der § 827, sowie § 829 BGB. kommt auch für die Frage des Selbstmords in Betracht, und es mag zugegeben werden, daß eine sehr große Anzahl von Selbstentleibungen unter § 827 Satz 1 fallen und sich gar nicht als Selbstmorde, d. h. als vorsätzlich und überlegte (zurechenbare) Selbsttötungen darstellen. Allein, das ist quaestio facti und nicht quaestio juris. Wenn ein bloß moralisch, nicht aber psycho-physiologisch erkrankter (nicht hirnkranker) Mensch, weil er die Weltanschauung eines Franz Moor teilt, derzufolge mit dem Leben „alles aus" ist, sich tötet, um z. B. seine Gläubiger um die Versicherungssumme zu bringen, oder wenn sich jemand tötet, nicht nur, weil er lebenssatt ist, sondern auch, weil er sich bewußtermaßen ihm lästig erscheinenden Rechtspflichten entziehen will, liegt meines Erachtens eine Rechtshandlung vor, für deren privilegierte Behandlung im Sinne eines erlaubten Aktes keinerlei Grund vorhanden ist.

Praktisch ist diese Beurteilung des Selbstmords, abgesehen von dem zum Schluß zu erwähnenden Versicherungsrecht, sowohl kontraktlich wie außerkontraktlich (deliktisch) schon mehrfach Gegenstand von Meinungsverschiedenheiten gewesen.

Auf dem kontraktlichen Gebiete kommt insbesondere in Frage, ob bei Obligationen, die auf eine höchstpersönliche Leistung gehen, beispielsweise bei einem Werkvertrage der Selbstmord **eine von dem Selbstmörder, richtiger von dessen Erben zu vertretende** Unmöglichkeit der Leistung begründet.

**Titze**, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht S. 77, meint: „wenn die Grundlagen der Existenz eines Menschen so zerrüttet sind, daß es ihn drängt, das Leben als eine unerträgliche Last von sich zu werfen, dann kann man von ihm nicht verlangen, daß er seinen Gläubigern zu Liebe am Leben bleibt. Derartige Verzweiflungstaten, die nur das Gewissen des einzelnen angehen, fallen aus der Rechtssphäre heraus und vertragen **keinerlei** juristische Beurteilung. Es kann daher in Ansehung des Selbstmords von einer culpa des Schuldners niemals die Rede sein."

Derselben Ansicht ist anscheinend Hangen in der Zeitschrift für französisches Zivilrecht XXI. S. 503 ff. In dem dort mitgeteilten Rechtsfalle handelte es sich um einen Anspruch gegen die Nachlaßkonkursmasse eines Bauunternehmers, der sich durch Selbstmord der von ihm übernommenen Leistung, Herstellung eines Bauwerks innerhalb bestimmter Zeit, entzogen hatte. Die Klage, welche

sich auf Art. 1382, 1795 Code civil gründete, wurde vom Landgericht abgewiesen.

Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB. S. 97, erachtet zwar jene Entscheidung mit Rücksicht auf die Besonderheit des Falles für zutreffend. Ich lasse dahin gestellt, ob dies bei den zugrunde liegenden Bestimmungen des französischen Rechts richtig ist, billige aber gegenüber der Auffassung von Hangen und Titze durchaus die Bemerkung von Kisch, daß es unrichtig ist, wenn beide genannten Schriftsteller allgemein leugnen, daß der Selbstmord die Grundlage für eine Entschädigungsklage abgeben könne.

Die oben wiedergegebene Begründung Titzes ist durchaus unjuristisch; vom Rechtsstandpunkte aus ist der Selbstmord ebensowenig wie irgend eine andere, Rechte und Pflichten berührende Handlung eine bloße Gewissensfrage. Vielmehr darauf kommt es an, ob eine solche Handlungsweise sich nach der herrschenden Rechtsauffassung und Sittlichkeit als erlaubt darstellt. Als „Verzweiflungstat" kann sie, sofern sie nicht etwa aus sonstigen Gründen rechtlich statthaft erscheint, beispielsweise aus dem Gesichtspunkte der Notwehr oder des Notstandes (?), nur dann exkulpiert werden, wenn sie im einzelnen Falle unter § 827 fällt. Die bloß moralische Verzweiflung oder Haltlosigkeit ist kein Rechtsargument.

Daß die Kontinuität der Rechtsanschauung gegen eine zivilrechtliche Privilegierung des Selbstmords spricht, läßt sich für das Zivilrecht zunächst durch Hinweis auf die Bestimmungen des Preuß. ALR. I, 11 § 625 und des verhältnismäßig modernen Sächs. BGB. § 1155 beweisen. Nach diesen Bestimmungen kann der Käufer einer Leibrente, deren Dauer auf das Leben des Verkäufers bestimmt ist, falls letzterer dasselbe durch Selbstmord oder Todesstrafe verliert, sein Kapital zurückfordern. Ich halte diese Bestimmung, obwohl das BGB. bei seiner Regelung des Leibrentenvertrags sie nicht ausdrücklich wiederholt, auch für das heutige Recht nach den allgemeinen Grundsätzen für gerechtfertigt. Vgl. meinen Handkommentar z. BGB. 2. Aufl. I, S. 609.

Auch das Reichsgericht hat sich in einer älteren gemeinrechtlichen Entscheidung, RG. XXXIX, S. 188, auf den hier vertretenen Standpunkt gestellt, indem es eine Entschädigungsklage einer Braut aus dem Verlöbnisse gegen die Erbin des selbstmörderischen Bräutigams für rechtlich begründet erkannte. Aus den Gründen hebe ich hervor:

„Richtig ist zwar, daß diejenige Handlung, die bis zum Augenblicke des Todes des R. den Gegenstand seiner Verpflichtung bildete, nämlich die Ehelichung der Klägerin, durch seinen Tod unmöglich geworden ist. Indessen gibt es im Obligationenrechte doch den allgemeinen Satz, daß der Schuldner nur durch zufällige von ihm nicht verschuldete Unmöglichkeit der Erfüllung frei wird, daß dagegen im Falle einer von ihm verschuldeten Unmöglichkeit an die Stelle seiner ursprünglichen Verbindlichkeit die Verpflichtung zur Leistung des Interesses tritt. Dieser Satz ist auch hier anzuwenden. Nach gemeinem deutschen Rechte ist die Verbindlichkeit der Verlobten zur Eheschließung eine vertragsmäßige Obligation wie irgend eine andere, wenn sie auch zunächst nicht eine vermögensrechtliche, sondern eine familienrechtliche Leistung zum Gegenstande hat. In Deutschland ist der römische Satz von der Klaglosigkeit der Verlöbnisse nicht rezipiert, vielmehr ist, obgleich auch im kanonischen Rechte in l. 17, 29 X de sponsal. 4, 1 der römische Standpunkt festgehalten zu sein scheint, doch im Anschlusse an andere Stellen des kanonischen Rechts wie l. 10, 22 X de sponsal. 4, 1 und c. un. pr. in VI° de sponsal. 4, 1 gewohnheitsrechtlich ein klagbarer Anspruch auf Vollziehung der versprochenen Ehe anerkannt, mithin dem Verlöbnisse die Natur eines obligatorischen Vertrages beigelegt. Motive z. BGB. 4, S. 1.

Allerdings ist diese gegenseitige Obligation auf eine höchstpersönliche Leistung gerichtet; aber wenn der zu einer solchen Leistung Verpflichtete dieselbe durch absichtlichen Selbstmord unmöglich macht, so ist das eben ein zivilrechtliches Verschulden, welches ihn zum Schadensersatz verpflichtet und sich sogar, worauf es indessen nicht einmal ankommt, dann zur Arglist steigert, wenn der Täter sich zur Zeit der Tat der ihm obliegenden Verbindlichkeit bewußt ist. l. 13 § 2, l. 20 § 6, l. 25 §§ 2, 6 Dig. de her. pet. 5, 3; l. 9 § 4 Dig. ad exh. 10, 4. Hier steht nun die Tatsache der schuldhaften Herbeiführung der Unmöglichkeit der Erfüllung formell fest. Behauptet ist sogar, daß R. sich eigens zu diesem Zwecke getötet habe."

Wenn nun auch das Reichsgericht heutzutage denselben Fall, da inzwischen das BGB. die Klagbarkeit des Verlöbnisses beseitigt hat (§ 1297) umgekehrt entscheiden müßte, so bleibt diese Entscheidung doch noch wertvoll, sofern sie die Auffassung des Selbstmords als einer unter Umständen rechtswidrigen (unerlaubten) Handlung sanktioniert.

Der Selbstmord kann daher auch einen rein deliktischen (außerkontraktlichen) Schadensersatzanspruch nach § 823 BGB. begründen, wenn beispielsweise durch seine Vornahme an einem bestimmten Orte, z. B. in fremder Räumlichkeit, fremde Vermögensinteressen geschädigt werden. In dem Falle der Zeitschrift f. französ. Zivilrecht XXVI S. 301 klagte ein Hotelbesitzer gegen die Erben eines Selbstmörders auf die Summe von 150 Mk.

Kosten der Wiederherstellung der durch Blutflecke geschädigten Zimmerausstattung und auf weitere 1200 Mk. wegen Entwertung des einstweilen von Gästen in Erinnerung der Untat gemiedenen Raumes. Die Klage wurde, nachdem der Posten von 150 Mk. vergleichsweise berichtigt war, im Restbetrage abgewiesen. De jure kann ich die Begründung des französischen Urteils nicht für richtig erachten, wenngleich der tatsächliche Nachweis des Schadensbetrags im einzelnen Falle schwierig sein kann. Es ist bekannt, daß die Spielhölle von Monte Carlo etwaigen Selbstmordkandidaten unter ihren Opfern sogar Reisegeld herausgibt, damit sie sich an anderen Orten entleiben können; dies Beispiel zeigt deutlich, welche Vermögensinteressen mit der Vollziehung eines Selbstmords an einem bestimmten Orte verknüpft sein können; ich erinnere mich in einer Reisebeschreibung gelesen zu haben, daß es in China und Japan bei den Mongolen, die den Selbstmord bekanntlich besonders leichtherzig begehen, als durchaus gewöhnlicher Racheakt benutzt wird, ihn zur Entweihung und „Verunheimlichung" fremder Räumlichkeiten zu begehen.

Es kann zweifelhaft erscheinen, inwieweit der Richter in einem analogen Falle Vorurteile, die er selbst nicht teilt, z. B. den in bestimmten Volkskreisen verbreiteten Aberglauben, daß der Geist eines Selbstmörders am Tatorte spucken gehe, zu berücksichtigen hat, wenn beispielsweise ein Selbstmörder einen Gasthausbesitzer unter doloser Berücksichtigung dieses Aberglaubens geschädigt hat. Nach meiner Ansicht hat er jedoch in solchem Falle lediglich die tatsächlich eintretende adäquate Beziehung des Erfolges zur Ursache und nicht seine eigene aufgeklärte Anschauung zugrunde zu legen.

Selbstverständlich erscheint mir die Zulässigkeit einer solchen Schadensersatzklage, wenn der Selbstmord, wie in den zuletzt gedachten Fällen, nur das Mittel gebildet hat, durch den der Selbstmörder seinen animus nocendi, seinen Vorsatz im Sinne des § 826 BGB. realisierte. Aber auch eine Klage aus § 823 BGB. dürfte begründet erscheinen, sofern den Selbstmörder in Anschauung der Wahl des Ortes seiner Untat oder auch des Mittels der Ausführung derselben eine Fahrlässigkeit in Beziehung auf andere trifft, durch die er eines der unter § 823 fallenden fremden Rechtsgüter verletzt.

Die Verleitung zum Selbstmord ist zwar, wie wir oben zugegeben haben, nach Maßgabe des heutigen Strafrechts straflos; ich trage aber nicht das mindeste Bedenken, in den oben gedachten oder ähnlichen Fällen eine Schadensersatzklage der durch einen Selbstmord geschädigten Personen gegen den Verleiter oder Anstifter aus § 826 BGB. für begründet anzunehmen. Der Einwand volenti non fit injuria ist hier nicht stichhaltig. Die Verleitung kann insbesondere durch Vorspiegelung falscher oder Unterdrückung wahrer Tatsachen geschehen, ein in Romanen nicht selten verwertetes Motiv, dessen gelegentliches tatsächliches Vorkommen bei der umfangreichen Skala, auf der sich das menschliche Herz nicht nur nach aufwärts, sondern leider auch nach abwärts, dem Bösen zu betätigen kann, leider nicht ganz ausgeschlossen ist. Vielleicht fällt der sensationelle Fall Syveton unter diese Kategorie.

Auf dem Gebiete des so schwierigen und immer noch nicht zu allseitiger Verständigung ausgearbeiteten Begriffs des Kausalzusammenhangs würde die Frage liegen, ob auch nach § 823 noch eine fahrlässige Verursachung des Selbstmords denkbar erscheint. Zweifellos zu bejahen ist die Frage für den Fall des uneigentlichen (unzurechnungsfähigen) Selbstmords, für den wir die Bezeichnung Selbstentleibung vorziehen. Beispielsweise würde der Arzt oder Anstaltsbeamte, der durch seine Fahrlässigkeit die Selbstentleibung eines Kranken, sei es im Fieberanfall oder in einem psychologischen Affekt, ermöglicht, nach § 823 klagbar sein.

Sofern dagegen echter (zurechenbarer) Selbstmord, also eine freie Handlung des Selbstmörders anzunehmen ist, dürften die Grundsätze vom adäquaten Kausalzusammenhang im allgemeinen die Möglichkeit einer fahrlässigen Verursachung des Selbstmords ausschließen, denn letztere kann schwerlich als eine allgemein voraussehbare Handlung gelten. Nehmen wir also an, daß jemand einen noch zurechnungsfähigen, aber lebensmüden und seinen Anschauungen nach zum Selbstmord fähigen Menschen durch Ueberbringung einer falschen Hiobspost fahrlässig zum Selbstmord veranlaßt, so dürfte gleichwohl in der Regel der Kausalzusammenhang im juristischen Sinne zu verneinen sein, wenngleich die rein psychologische Kausalität außer Zweifel steht. Der Regel des Lebens entspricht eben die durch den Selbstmord dokumentierte moralische Widerstandslosigkeit keineswegs, vielmehr hat sich der Richter auf den Standpunkt zu stellen, den ein schönes Bibelwort in die Worte faßt: „Ein Herz erschrecke nicht".

Sofern jedoch im einzelnen Falle vorsätzliche oder fahrlässige Verursachung einer Selbstentleibung festgestellt werden kann, dürfte es keinem Zweifel unterliegen, daß auch der § 844 BGB. gegenüber dem Ersatzpflichtigen Anwendung findet. Denn Tötung im Sinne dieses Paragraphen ist jede vorsätzliche oder fahrlässige Verursachung des Todes. Der Ersatzpflichtige hat also nicht nur die Kosten der Beerdigung demjenigen zu ersetzen, welchem die Verpflichtung obliegt, diese Kosten zu tragen, sondern auch Dritten, die zu dem Getöteten in einem Verhältnisse standen, vermöge dessen er ihnen kraft Gesetzes unterhaltspflichtig war oder werden konnte, durch Entrichtung einer Geldrente insoweit Schadensersatz zu leisten, als der Getötete während der mutmaßlichen Dauer seines Lebens zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet gewesen sein würde.

Ein ganz besonderes Interesse beansprucht der Selbstmord für den Lebensversicherungsvertrag. Eine gesetzliche Regelung desselben hat bislang gefehlt. Die vertragsmäßige Behandlung des Selbstmords hat im Versicherungswesen bislang zwischen drei Systemen geschwankt. Vgl. Gierke, Die Vertragsfreiheit bei Versicherungsverträgen, Gutachten zum XXVII. deutschen Juristentage, Bd. II S. 146 ff.

1. Das System der vollständigen Eliminierung oder das radikale System läßt die Versicherungssumme im Falle des Selbstmords nie ausbezahlen, und zwar gilt als Selbstmord im Sinne dieses Systems auch die im Zustande der Unzurechnungsfähigkeit begangene Selbstentleibung.

2. Das sog. rein ethische oder ideale System unterscheidet zwischen zurechnungsfähigem und unzurechnungsfähigem Selbstmord und läßt nur im Falle des letzteren die Versicherungssumme auszahlen.

3. Das System der Wartezeit, welches besonders bei den amerikanischen Gesellschaften üblich ist und seit einiger Zeit sich auch bei europäischen Gesellschaften einzuführen scheint. Hier wird eine bestimmte Zeitgrenze gesetzt, beispielsweise ein Zeitraum von 5 Jahren, nach dessen Ablauf die Police auch wegen Selbstmords und zwar gleichgültig, ob dieser im unzurechnungsfähigen oder zurechnungsfähigen Zustande begangen wird, unanfechtbar wird.

Bei der oft unverkennbar großen Schwierigkeit des Beweises der Unzurechnungsfähigkeit und in Erwägung, daß schwerlich jemand einen Versicherungsvertrag abschließen wird mit der Absicht, sich nach fünf Jahren umzubringen, ist dem letzteren System eine gewisse Praktikabilität nicht abzusprechen. Zweifelhaft aber ist, ob nicht seine Aufnahme in die Versicherungsbedingungen als gegen zwingendes Recht verstoßend zu bezeichnen sein dürfte. Sofern die Versicherungsgesellschaft nicht auf die Einrede der Arglist, sondern lediglich auf den für die Versicherungsinteressenten in der Tat oft schwierigen Beweis der Unzurechnungsfähigkeit verzichtet, glaube ich dies nicht annehmen zu müssen. Der zur Zeit vorliegende Entwurf eines Reichsgesetzes über den Versicherungsvertrag bestimmt in § 159:

„Bei einer Versicherung für den Todesfall ist der Versicherer von der Verpflichtung zur Leistung frei, wenn derjenige, auf dessen Person die Versicherung genommen ist, Selbstmord begangen hat. Die Verpflichtung des Versicherers bleibt bestehen, wenn die Tat in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit begangen worden ist."

Der Satz 2 dieses Paragraphen dürfte jedenfalls zwingend sein. Mit Gierke aber glaube ich, im Gegensatz zu Senden,[1]) daß andrerseits ein zwingendes Verbot des Systems der sog. Wartezeit sich nicht rechtfertigt, sofern darin lediglich ein Verzicht auf den Beweis der Unzurechenbarkeit des Selbstmords liegt.

---

# Zu den Formfragen bei Dorftestamenten.

Von **Karl Sauer**, Landgerichtsrat in Würzburg.

Seitdem das Bürgerliche Gesetzbuch in Kraft getreten ist, sind schon manche sowohl von Notaren wie von Gemeindevorstehern aufgenommene Testamente wegen Nichteinhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Form, manchmal zum großen Nachteile der eingesetzten Erben, für nichtig erklärt worden.

Der Fall jedoch, daß ein genau nach dem amtlichen Muster errichtetes sogen. Dorftestament wegen eines Formmangels von den Gerichten als ungültig behandelt wird, dürfte als ein Unikum in der Rechtsprechung dastehen.

Einen solchen Fall schildert eine in Nr. 21 des Jahrg. 1904 der Bayerischen Gemeindebeamtenzeitung (S. 163, 164) enthaltene Notiz, welche lautet:

Aus der Praxis.

„Durch vereinigte Entschließung der Staatsministerien der Justiz und des Innern vom 19. Dezember 1900 (A. Bl. d. J. 1901 S. 4 u. ff.) wurde eine Anweisung zur Errichtung von Testamenten vor dem Gemeindevorsteher ausgegeben, denen auf S. 12 und 13 auch Musterprotokolle beigefügt sind. Diese Mustertestamente sind auch, wohl in der sicheren Voraussetzung, daß sie nach der Ausgabestelle juristisch unanfechtbar sind, in den Kommentar von Sauer über Testamente und Erbverträge in Bayern übernommen worden und wohl mancher Gemeindebeamte wird sich dieselben bei Aufnahme von Testamenten zur Richtschnur genommen haben, wie es anders bei der unglaublich großen Formreiterei in dieser Beziehung gar nicht ratsam wäre.

Ein kürzlich von mir genau nach Muster 1 (die Erblasserin konnte nicht mehr schreiben) aufgenommenes Testament wurde vom K. Amtsgerichte B. und auf Beschwerde vom K. Landgerichte E. als formell ungültig erklärt, weil die Erklärung der Erblasserin, daß sie nicht mehr schreiben könne, an der im Muster angegebenen Stelle, als nicht mehr innerhalb des Protokolls stehend, erachtet wurde.

[1]) Bericht in „Veröffentlichungen des Deutschen Vereins für Versicherungs-Wissenschaft, Heft 2, (Kritik des Gesetzentwurfs über den Versicherungsvertrag) S. 199

Zur Gültigkeit eines solchen Testamentes ist es nach Ansicht des Gerichtes unerläßlich, daß die Erklärung des Erblassers, daß er nicht mehr schreiben könne, vor der Konstatierung, daß das Protokoll vorgelesen und genehmigt wurde, aufgenommen ist." F. B.

Beim Lesen dieser Notiz mag wohl ein Bürgermeister mit Recht gedacht haben: „Ja, wenn ich mich nicht einmal nach dem von den Ministerien veröffentlichten, amtlichen Testamentsmuster richten darf, was soll mir denn dann zur Richtschnur dienen?"

Da nun in dem vorerwähnten Berichte auch auf mein Werk über „Testamente und Erbverträge in Bayern" [1]) Bezug genommen wurde, sehe ich mich veranlaßt, meinen Standpunkt in der angeregten Frage mit aller Entschiedenheit neuerdings zu betonen und es wird mir dieses um so leichter, weil ich die amtlichen Testamentsmuster nicht einfach in der sicheren Voraussetzung in mein Werk übernommen habe, sie seien juristisch unanfechtbar, sondern gerade das Kapitel über den unumgänglich notwendigen Inhalt eines notariellen und eines vor dem Gemeindevorsteher aufgenommenen Testamentes und über die Form desselben eingehend behandelt habe.

Ich habe insbesondere die Frage, wie zu verfahren sei, wenn der Erblasser das Testamentsprotokoll nicht unterschreiben kann, erörtert und ich kann mich daher zunächst auf den Inhalt meines Buches (S. 75—77) beziehen. Die Frage soll jedoch nochmals eingehend besprochen werden.

Maßgebend für die Entscheidung der Frage, ob die Erklärung des Erblassers, „er könne nicht schreiben", wiederum vorgelesen und genehmigt werden müsse, ist der § 2242 des BGB., welcher lautet:

„Das Protokoll muß vorgelesen, von dem Erblasser genehmigt und von ihm eigenhändig unterschrieben werden. Im Protokolle muß festgestellt werden, daß dies geschehen ist. Das Protokoll soll dem Erblasser auf Verlangen auch zur Durchsicht vorgelegt werden.

Erklärt der Erblasser, daß er nicht schreiben könne, so wird seine Unterschrift durch die Feststellung dieser Erklärung im Protokoll ersetzt.

Das Protokoll muß von den mitwirkenden Personen unterschrieben werden."

Schon aus dieser Fassung des Gesetzes geht ganz klar hervor, daß die Unterschrift des Erblassers, der erklärt, nicht schreiben zu können, eben durch die Feststellung: „der Erblasser erklärt, daß er nicht schreiben könne" ersetzt wird. Das kann doch nur so viel heißen als: Die Feststellung dieser Erklärung tritt im Protokolle an die Stelle der Unterschrift. Daß die Unterschrift verlesen werden müsse, wird wohl niemand im Ernste behaupten wollen; wo steht aber im Gesetze, daß die an die Stelle der Unterschrift tretende Feststellung verlesen werden müsse? Eine derartige Anschauung kann sich nur darauf stützen, daß es einerseits im Gesetze heißt, die Unterschrift werde durch die Feststellung der fraglichen Erklärung im Protokolle ersetzt und andrerseits bestimmt ist: „Das Protokoll muß vorgelesen, von dem Erblasser genehmigt usw. werden". Aus diesem Grunde müsse der die erwähnte Feststellung enthaltende Teil des Protokolles schon vor dessen Verlesung darin niedergeschrieben und mitverlesen werden.

Dieses müßte aber nach einer derartigen Buchstabenauslegung folgerecht wieder einen neuen Abschluß des Protokolles erforderlich machen, der wieder zu verlesen wäre; dabei ergäbe sich wiederum, daß der Erblasser nicht schreiben kann, dieser wäre daher neuerdings nicht in der Lage, das so gefaßte Protokoll zu unterschreiben, kurz, es ergäbe sich eine Schraube ohne Ende!

Das Reichsgericht hat in einem Urteile vom 20. Februar 1902 (Entsch. Bd. 50 S. 218) bereits angedeutet, daß das bei der Testamentserrichtung in verschiedenem Zusammenhang vorkommende Wort „Protokoll" der Natur der Dinge nach nicht immer in gleicher Weise zu verstehen sei, ohne jedoch zu der vorwürfigen Frage Stellung zu nehmen; es hat diese Frage vielmehr unentschieden gelassen; immerhin ist aber dort ausgesprochen, daß das Gesetz, soweit der erste Satz des § 2242 Abs. 1 des BGB. in Betracht kommt, unter dem Worte „Protokoll" keine schon unterschriebene und damit völlig zum Abschlusse gebrachte Urkunde verstehe. Dies ist auch klar. Ein Beschluß des Kammergerichts in Berlin aber vom 18. Juli 1903 (Rechtspr. d. OLG. Bd. 7 S. 138) deckt sich vollkommen mit der in den besagten amtlichen Mustern zutage tretenden und der von mir vertretenen Anschauung. In diesem Beschlusse ist unter Hervorhebung der Gesetzesmaterialien darauf hingewiesen, daß die Feststellung der Erklärung des Erblassers, er könne nicht schreiben, in vollem Umfange an Stelle der Unterschrift tritt und mithin ebensowenig wie die Unterschrift selbst der Verlesung bedarf.

Dabei ist unter näherer Erläuterung dem Sinne und Zwecke des Gesetzes und dem Gedanken des Gesetzgebers Rechnung getragen.

Es ist wohl zu erwarten, daß auch in Bayern in dieser Frage eine von gleichen Grundsätzen ausgehende und nicht an dem Gesetzesbuchstaben irrig haftende Rechtsprechung sich Bahn bricht.

Will der Bürgermeister, der ein Dorftestament aufzunehmen hat, besonders vorsichtig sein, so wird er in einem Falle, in dem der Erblasser nicht

[1]) München 1903, J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier).

schreiben kann, **bis auf weiteres** am Schlusse des Testamentsprotokolles folgende Fassung wählen:

„Anna Rasch erklärte, daß sie nicht mehr schreiben könne.

Das Protokoll wurde der Erblasserin vorgelesen und von ihr genehmigt.

Anna Rasch machte statt der Unterschrift ihr Handzeichen." × × ×

(folgen die Unterschriften des Bürgermeisters und der Zeugen.)

Die amtliche Anweisung für **Preußen** über die Errichtung von Testamenten vor dem Gemeinde- oder Gutsvorsteher enthält auch ein Muster in diesem Sinne. Die Bauerneheleute Friedrich und Marie Scholz errichten ein Testament und der Schluß des Protokolles lautet:

„Die Ehefrau Marie Scholz erklärte, daß sie nicht schreiben könne.

Das Protokoll ist den Erblassern vorgelesen, von ihnen genehmigt und von dem Bauern Friedrich Scholz, wie folgt, eigenhändig unterschrieben worden."

Selbstverständlich aber ist ein Bürgermeister vollständig im Rechte, wenn er trotz der Entscheidungen einzelner Gerichte sich auch weiterhin an die amtlichen Testamentsmuster hält, wie sie für Bayern veröffentlicht sind. Den durch derartige Entscheidungen Betroffenen steht es ja frei, eine höhere Instanz anzurufen. Würde auch diese wider Erwarten einen Entscheid fällen, der die amtlichen bayerischen Muster desavouiert, so bliebe für Bayern allerdings nur eine entsprechende Aenderung dieser amtlichen Muster übrig. Vor einem solch eigenartigen Reservatrechte wird uns aber hoffentlich eine gesunde Rechtsprechung behüten.

Bemerkenswert ist übrigens, daß auch das, zumal in Norddeutschland, überaus verbreitete Werk „Privattestament und Nottestament" von Amtsgerichtsrat Marcus in Tilsit die gleiche Schlußformel für Dorftestamente enthält wie das bayerische amtliche Testamentsmuster.

„Hierauf wurde das Protokoll vorgelesen, von beiden Erblassern genehmigt und von der Frau Marie Stahl eigenhändig unterschrieben:

Marie Stahl, geb. Schmidt,

während August Stahl erklärte, daß er nicht schreiben könne."

Zweifellos sind auf diese Weise seither zahllose Dorftestamente und notarielle Testamente errichtet worden. Sollen diese infolge juristischer Tüfteleien nun sämtliche nichtig sein? Es wäre dieses geradezu ein Unheil für die Bevölkerung und es wäre dann Sache der gesetzgebenden Faktoren, durch eine Gesetzesauslegung solches Unheil hintanzuhalten.[1])

[1]) Vgl. zu der hier behandelten Frage noch die in Bd. V der Entsch. in Angelegenheiten der freiw. Gerichtsb. (zusammengestellt im Reichsjustizamt) auf S. 45 ff. abgedruckte Entsch. des OLG. Stuttgart, die sich insbesondere auch darüber verbreitet, inwieweit das Protokoll verlesen werden muß. Der Herausgeber.

# Bemerkungen zum Gesetze, betreffend die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft.

Von **Dr. Albert Haberstumpf**, II. Staatsanwalt in München.

Das Gesetz steht gegenwärtig in allen Kreisen, die sich berufsmäßig mit der Strafrechtspflege zu befassen haben, im Vordergrund der Diskussion, so daß es sich empfiehlt, einige Fragen aus diesem Gesetze zu besprechen, die bisher zu Zweifeln Anlaß gegeben haben.

1. **Hat das Gericht nach § 4 des Gesetzes die Verpflichtung der Staatskasse zu bejahen, wenn dem Angeklagten in einem Verfahren zwei realiter konkurrierende Handlungen zur Last liegen, die Untersuchungshaft nur wegen der einen verhängt war und gerade wegen dieser einen Handlung Freisprechung, im übrigen aber Verurteilung erfolgte?**[1])

Rechtliche Schwierigkeiten kann die Frage selbstverständlich nur machen, wenn die Freisprechung aus einem Grunde erfolgte, der nicht schon an sich die Entschädigung ausschließt (z. B. non liquet, Vorliegen grober Unredlichkeit rc.). Letzteren Falles kämen die allgemeinen Grundsätze des Gesetzes zur Anwendung (§§ 1, 2).

Aber, nehmen wir an, die Freisprechung erfolgte, weil nicht der Angeklagte, sondern ein anderer der Täter war.

Das Gesetz spricht im § 1 von Personen, die im Strafverfahren freigesprochen rc. sind und bezüglich deren das Verfahren die Unschuld ergeben hat. Das Gesetz unterscheidet also ebensowenig, wie § 60 StGB., ob die Untersuchungshaft, wenn mehrere strafbare Handlungen gleichzeitig zur Beurteilung stehen, wegen einer oder wegen aller erkannt ist. Es verlangt nur, daß in dem der endgültigen Entscheidung zuvorgehenden Verfahren eine Untersuchungshaft bestand, und daß der Angeklagte aus ihm makellos hervorgegangen, „restlos" freigesprochen worden ist. Wenn deshalb das Reichsgericht bei Erläuterung des § 60 StGB. (E. i. St.S. Bd. III S. 264) ausgesprochen hat, es dürfe, wenn dasselbe Verfahren mehrere Handlungen umfaßt, die Verurteilung aber nur wegen Handlungen erfolgt, wegen deren eine Untersuchungshaft **nicht** verhängt war, gleichwohl die Untersuchungshaft auf die Strafe angerechnet werden,[2]) so darf man, ausgehend von dem Grundsatze, daß die in der Untersuchungshaft liegende Beschränkung

[1]) Dr. Bendix (Berlin) behandelt diesen Fall lediglich als eine Lücke des Gesetzentwurfs (Goltdammers Archiv für Strafrecht u. Strafprozeß, 51. Jahrg., S. 146).

[2]) Vorausgesetzt ist, daß die eingeleitete Untersuchung schon z. Z. der Verhängung der Haft die mehreren Verfehlungen umfaßt. „Recht" 1903 S. 366 Nr. 2081.

der persönlichen Freiheit ein Uebel ist, das nicht in der strafbaren Handlung selbst, sondern in der notwendigen Untersuchung derselben begründet ist, daß es daher gleichgültig erscheint, wegen welcher von mehreren Verfehlungen die Untersuchungshaft erkannt ist, den § 1 des neuen Reichsgesetzes dahin auslegen, daß nur eine vollständige Freisprechung von allen durch ein Verfahren umfaßten Handlungen einen Anspruch auf Entschädigung begründet.

Dasselbe gilt selbstverständlich auch für den Fall, daß jemand wegen mehrerer strafbaren Handlungen in Untersuchungshaft saß und wegen einer der im Haftbefehl aufgeführten strafbaren Handlungen freigesprochen wurde. Etwaige Härten werden durch Anrechnung der Untersuchungshaft ausgeglichen werden.

Aus dem obigen Grunde wäre es auch falsch, wenn die beschließende Strafkammer nach Abschluß des Ermittlungsverfahrens oder nach Abschluß der Voruntersuchung beim Vorliegen mehrerer Verfehlungen dazu käme, wegen der einen außer Verfolgung zu setzen, wegen der anderen eine Ergänzung der Voruntersuchung nach § 200 StPO. anzuordnen, und bei diesem Beschlusse sich schon über die Frage der Entschädigung aussprechen würde. Ein solcher Beschluß kann erst erfolgen, wenn das ganze Verfahren spruchreif ist.

2. Muß das Gericht auch dann einen ausdrücklichen Beschluß fassen und zustellen lassen, wenn die Verpflichtung der Staatskasse zur Entschädigung verneint wird?

Selbstverständlich, denn das Gericht muß sich nach § 4 Abs. I des Gesetzes darüber aussprechen, ob eine Verpflichtung besteht oder nicht. Nach Abs. III wird, für den Fall der Bescheid bejahend lautet, eine weitergehende Verpflichtung bezüglich der Zustellung auferlegt, als beim verneinenden Bescheid. Uebrigens sagen die Motive Seite 10: „Nicht zu umgehen ist, daß auch den Personen, denen der Entschädigungsanspruch versagt wird, die entsprechende Eröffnung gemacht wird.“ In dem unter Ziff. 1 besprochenen Fall wird man allerdings zu der Ansicht gelangen, daß ein Bescheid nicht zu erteilen ist, aber nicht deshalb, weil keine Entschädigung zugesprochen wird, sondern deshalb, weil keine Freisprechung rc. im Sinne des Gesetzes vorliegt.

3. Zeitliche Geltung. EG. z. StPO. § 8.

Das Gesetz ist gemäß Art. 2 der Reichsverfassung mit dem 12. August 1904 in Kraft getreten. Für die Anwendung des Gesetzes ist es gleichgültig, ob die Untersuchungshaft vor oder nach Inkrafttreten des Gesetzes abgesessen wurde. Es kommt lediglich auf den Zeitpunkt an, in welchem der Bescheid nach § 4 StPO. zu fassen ist, d. h. in welchem die Freisprechung oder die Außerverfolgungsetzung erfolgt.

4. Oertliche Geltung.

Ganz gleichgültig ist es, wo die strafbare Handlung begangen ist (§ 4 StPO.). Maßgebend ist nur, daß ein deutsches Gericht das Urteil über einen Deutschen ausgesprochen hat (§ 12 des Gesetzes). Der Vereinbarung der Bundesstaaten unter sich ist es überlassen, etwaige Härten auszugleichen, die sich dadurch ergeben, daß der Bundesstaat A die Verfolgung einer strafbaren Handlung übernimmt, die im Bundesstaat B verübt wurde.

5. Freisprechung wegen Geisteskrankheit bei Begehung der Tat.

Hierüber sagen die Motive Seite 6: „Solchenfalls ist der Freigesprochene in rechtlicher wie in tatsächlicher Beziehung als unschuldig anzusehen, und es wird ihm ein Entschädigungsanspruch nicht zu versagen sein. Ist aber das Gericht zur Freisprechung nur deshalb gelangt, weil es bei sich widersprechenden Gutachten der Sachverständigen die Unzurechnungsfähigkeit des Angeklagten z. Zt. der Tat nicht für ausgeschlossen erachtete, so kann die Unschuld nicht für dargetan gelten und muß die Entschädigung entfallen“.

Diese Grundsätze sind auch für das geltende Gesetz anzuwenden. Zwar hat der Absatz II des § 2 gegenüber dem Entwurfe eine andere Fassung erhalten, indem der Anspruch auf Entschädigung für den Fall ausgeschlossen wurde, daß die zur Untersuchung gezogene Tat des Verhafteten in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Trunkenheitszustande begangen worden ist. Indem hier ein Spezialfall des § 51 StGB. aus der Entschädigung ausgeschaltet wurde, hat man umso deutlicher die Entschädigungspflicht für die übrigen Fälle des § 51 StGB. aufrecht erhalten wollen (vgl. BGB. § 827). In der Kommission war man sich darüber einig, daß unverschuldete Trunkenheit die Entschädigung nicht ausschließt.

Praktisch wird die Entschädigung hier keine große Rolle spielen, denn ein Geisteskranker wird durch die Untersuchungshaft selten einen Vermögensnachteil erleiden.

6. Umfang der Entschädigung.

Nicht zu ersetzen ist der Vermögensschaden, der durch die Untersuchung dem Beschuldigten erwuchs, also nicht etwa die Kreditschädigung, die durch die Tatsache und das Bekanntwerden der Einleitung einer Voruntersuchung dem Beschuldigten zugefügt wurde, sondern lediglich der durch die Freiheitsentziehung erwachsene Schaden, also insbesondere der Schaden infolge der Unmöglichkeit, seine Arbeitskraft zu entwickeln (vgl. Romen, Komm. S. 55, Dr. v. Schwarze, Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungs- und Strafhaft, Leipzig 1883 S. 11). Die sich hie und da in der Literatur findende weitergehende Ansicht widerspricht dem Wortlaut und dem Zwecke des Gesetzes.[1])

[1]) Der mir vom k. k. Justizministerium in Wien gütigst übersandte österreichische Gesetzentwurf bietet, so interessant er ist, für obige Fragen keinen Auslegungsbehelf.

# Die Notwehr und die Zusammenrottung im Militärstrafrecht.

Von **Ph. Otto Mayer**, Hauptmann a. D., Oberkriegsgerichtsrat beim Generalkommando II. bayer. Armeekorps.

In der letzten Zeit wurde das Urteil eines Kriegsgerichts in Dessau in der Tagespresse lebhaft erörtert, durch welches ein Gefreiter und ein Infanterist wegen Aufruhrs zu 5 Jahren bzw. 5 Jahren 1 Tag (soll wohl heißen 1 Monat — § 19 II StGB.) Zuchthaus verurteilt wurden. Es ist hier nicht der Ort, auf den Sachverhalt näher einzugehen, welcher diesem Urteil angeblich zugrunde liegt. Das gerichtliche Verfahren ist noch nicht abgeschlossen und es wird in diesem Fall wohl Berufung und Revision eingelegt und daher die Sache sowohl in rechtlicher, als auch in tatsächlicher Richtung nachgeprüft werden.[1])

Es ist gewiß das Recht der Presse, solche besonderen Fälle zu besprechen. Doch wurde dieser Fall auch in der Richtung verwertet, daß dadurch die Notwendigkeit einer sofortigen Aenderung des Gesetzes hergeleitet werden wollte. Wenn aber ein Gesetz einmal 32 Jahre besteht und sich im allgemeinen bewährt hat, sollte man mit einem solchen Verlangen doch zuwarten, bis der Fall rechtskräftig entschieden ist. Erst wenn feststeht, daß die endgültig erkannte Strafe nach dem allgemeinen Rechtsgefühl übermäßig hoch ist, wenn außerdem nachgewiesen ist, daß solche dem allgemeinen Rechtsgefühl widerstrebende Strafen öfter zu befürchten sind und daher der Weg der Allerhöchsten Gnade zur Regel werden müßte, wenn überdies feststünde, daß höherstehende allgemeine Interessen durch eine Milderung der Strafandrohung nicht geschädigt würden, erst dann könnte dem Gedanken einer Revision des Gesetzes nähergetreten werden und dann auch nur des ganzen Gesetzes.

Im vorliegenden Fall scheint die hohe Strafe vor allem auf der Auslegung zweier Begriffe zu beruhen, nämlich der Notwehr des militärischen Untergebenen und des Begriffes der Zusammenrottung.

Es soll daher hier versucht werden, einen Beitrag zur Klärung dieser Begriffe zu geben.

## I. Die Notwehr des militärischen Untergebenen.

Im Militärstrafgesetzbuch lautet der § 2: „Diejenigen Bestimmungen, welche nach den Vorschriften des deutschen Strafgesetzbuches in Beziehung auf Verbrechen und Vergehen allgemein gelten, finden auf militärische Verbrechen und Vergehen entsprechende Anwendung." Diese allgemein geltenden Bestimmungen sind in der Hauptsache im ersten Teil des StGB. § 13 bis 79 enthalten (vgl. die Ueberschrift „im Allgemeinen") und wäre hienach an sich kein Zweifel, daß nach § 53 StGB. auch dem militärischen Untergebenen die Verteidigung zusteht, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff *von sich oder einem anderen* abzuwenden, auch wenn *dieser Angriff von einem Vorgesetzten ausgeht*. Es wäre auch kein Zweifel, daß die Ueberschreitung der Notwehr auch gegenüber dem Vorgesetzten nicht strafbar ist, wenn der Täter in Bestürzung, Furcht oder Schrecken über die Grenzen der Verteidigung hinausgegangen ist. Und doch werden diese Zweifel in Rechtslehre und Praxis erhoben.

Zu § 149 MStGB., welcher vom rechtswidrigen Waffengebrauch der Personen des Soldatenstandes im allgemeinen handelt und das Verhältnis der militärischen Unterordnung nicht im Auge hat, sagt Koppmann, 3. Aufl., in n. 10: „Einem Angriff wird zur Abwehr häufig nur dadurch begegnet werden können, daß der Angegriffene seinerseits zum Gegenangriffe schreitet." Hiemit stimmt auch Olshausen § 53 n. 12 d und die dort angeführte Praxis des Reichsgerichts überein. Entgegen diesem Standpunkte wird jedoch, wenn der rechtswidrige Angriff vom militärischen Vorgesetzten ausgeht, der Standpunkt vertreten, daß der Untergebene sich nur abwehrend verhalten dürfe, während er sich gemäß § 97 MStGB. wegen tätlichen Vergreifens an einem Vorgesetzten strafbar mache, wenn er in einem solchen Falle seinerseits aktiv zu Tätlichkeiten übergehe. Koppmann sagt in n. 9 zu § 97, die Bestimmungen des § 53 StGB. seien hier nicht zutreffend. In einer kürzlich in einer Tageszeitung erschienenen Besprechung des Dessauer Falles wird dies durch die Anführung von Koppmann und weiter damit begründet, daß eine derartige Einschränkung im Interesse der Disziplin unbedingt notwendig sei. Diese Einschränkung finde ihre gesetzliche Begründung in den Worten des § 2 MStGB. „finden *entsprechende* Anwendung".

Koppmann zitiert, abgesehen von seiner unten zu würdigenden eigenen Begründung, für seine Anschauung Hecker S. 214, während dieser jedoch auf S. 102 dem Untergebenen das Recht der Notwehr ausdrücklich zuerkennt mit der selbstverständlichen Maßgabe, daß bei ihm mit Rücksicht auf dessen soldatische Erziehung und die Disziplin besonders sorgfältig zu prüfen ist, ob er die Grenzen der Notwehr nicht überschritten hat. Auch Oberniedermayr vertritt diesen Grundsatz für das bayer. MStGB., indem er sagt, daß gewaltsame Verteidigung gegen den Vorgesetzten zu vermeiden ist, solange dem Untergebenen noch die Möglichkeit gegeben ist, denselben durch passive Verteidigung oder andere Mittel abzuwehren. Er steht

---

[1]) Während des Drucks des Aufsatzes brachten die Tagesblätter die Nachricht, daß das Oberkriegsgericht zu Magdeburg das Urteil des Kriegsgerichts zu Dessau aufgehoben und die beiden Angeklagten wegen tätlichen Angriffs gegen einen Vorgesetzten zu 1½ Jahren Gefängnis verurteilt hat. Der Herausgeber.

der persönlichen Freiheit ein Uebel ist, das nicht in der strafbaren Handlung selbst, sondern in der notwendigen Untersuchung derselben begründet ist, daß es daher gleichgültig erscheint, wegen welcher von mehreren Verfehlungen die Untersuchungshaft erkannt ist, den § 1 des neuen Reichsgesetzes dahin auslegen, daß nur eine vollständige Freisprechung von allen durch **ein** Verfahren umfaßten Handlungen einen Anspruch auf Entschädigung begründet.

Dasselbe gilt selbstverständlich auch für den Fall, daß jemand wegen mehrerer strafbaren Handlungen in Untersuchungshaft saß und wegen einer der im Haftbefehl aufgeführten strafbaren Handlungen freigesprochen wurde. Etwaige Härten werden durch Anrechnung der Untersuchungshaft ausgeglichen werden.

Aus dem obigen Grunde wäre es auch falsch, wenn die beschließende Strafkammer nach Abschluß des Ermittlungsverfahrens oder nach Abschluß der Voruntersuchung beim Vorliegen mehrerer Verfehlungen dazu käme, wegen der **einen** außer Verfolgung zu setzen, wegen der **anderen** eine Ergänzung der Voruntersuchung nach § 200 StPO. anzuordnen, und bei diesem Beschlusse sich schon über die Frage der Entschädigung aussprechen würde. Ein solcher Beschluß kann erst erfolgen, wenn das ganze Verfahren spruchreif ist.

2. **Muß das Gericht auch dann einen ausdrücklichen Beschluß fassen und zustellen lassen, wenn die Verpflichtung der Staatskasse zur Entschädigung verneint wird?**

Selbstverständlich, denn das Gericht muß sich nach § 4 Abs. I des Gesetzes darüber **aussprechen**, ob eine Verpflichtung besteht **oder nicht**. Nach Abs. III wird, für den Fall der Bescheid bejahend lautet, eine weitergehende Verpflichtung bezüglich der Zustellung auferlegt, als beim verneinenden Bescheid. Uebrigens sagen die Motive Seite 10: „Nicht zu umgehen ist, daß auch den Personen, denen der Entschädigungsanspruch versagt wird, die entsprechende Eröffnung gemacht wird." In dem unter Ziff. 1 besprochenen Fall wird man allerdings zu der Ansicht gelangen, daß ein Bescheid nicht zu erteilen ist, aber nicht deshalb, weil keine Entschädigung zugesprochen wird, sondern deshalb, weil keine Freisprechung ꝛc. im Sinne des Gesetzes vorliegt.

3. **Zeitliche Geltung.** EG. z. StPO. § 8.

Das Gesetz ist gemäß Art. 2 der Reichsverfassung mit dem 12. August 1904 in Kraft getreten. Für die Anwendung des Gesetzes ist es gleichgültig, ob die Untersuchungshaft vor oder nach Inkrafttreten des Gesetzes abgesessen wurde. Es kommt lediglich auf den Zeitpunkt an, in welchem der Bescheid nach § 4 StPO. zu fassen ist, d. h. in welchem die Freisprechung oder die Außerverfolgungsetzung erfolgt.

4. **Oertliche Geltung.**

Ganz gleichgültig ist es, wo die strafbare Handlung begangen ist (§ 4 StPO.). Maßgebend ist nur, daß ein deutsches Gericht das Urteil über einen Deutschen ausgesprochen hat (§ 12 des Gesetzes). Der Vereinbarung der Bundesstaaten unter sich ist es überlassen, etwaige Härten auszugleichen, die sich dadurch ergeben, daß der Bundesstaat A die Verfolgung einer strafbaren Handlung übernimmt, die im Bundesstaat B verübt wurde.

5. **Freisprechung wegen Geisteskrankheit bei Begehung der Tat.**

Hierüber sagen die Motive Seite 6: „Solchenfalls ist der Freigesprochene in rechtlicher wie in tatsächlicher Beziehung als unschuldig anzusehen, und es wird ihm ein Entschädigungsanspruch nicht zu versagen sein. Ist aber das Gericht zur Freisprechung nur deshalb gelangt, weil es bei sich widersprechenden Gutachten der Sachverständigen die Unzurechnungsfähigkeit des Angeklagten z. Zt. der Tat nicht für ausgeschlossen erachtete, so kann die Unschuld nicht für dargetan gelten und muß die Entschädigung entfallen".

Diese Grundsätze sind auch für das geltende Gesetz anzuwenden. Zwar hat der Absatz II des § 2 gegenüber dem Entwurfe eine andere Fassung erhalten, indem der Anspruch auf Entschädigung für den Fall ausgeschlossen wurde, daß die zur Untersuchung gezogene Tat des Verhafteten in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Trunkenheitszustande begangen worden ist. Indem hier ein Spezialfall des § 51 StGB. aus der Entschädigung ausgeschaltet wurde, hat man umso deutlicher die Entschädigungspflicht für die übrigen Fälle des § 51 StGB. aufrecht erhalten wollen (vgl. BGB. § 827). In der Kommission war man sich darüber einig, daß unverschuldete Trunkenheit die Entschädigung nicht ausschließt.

Praktisch wird die Entschädigung hier keine große Rolle spielen, denn ein Geisteskranker wird durch die Untersuchungshaft selten einen Vermögensnachteil erleiden.

6. **Umfang der Entschädigung.**

Nicht zu ersetzen ist **der Vermögensschaden**, der durch die **Untersuchung** dem Beschuldigten erwuchs, also nicht etwa die Kreditschädigung, die durch die Tatsache und das Bekanntwerden der Einleitung einer Voruntersuchung dem Beschuldigten zugefügt wurde, sondern lediglich der durch die **Freiheitsentziehung** erwachsene Schaden, also insbesondere der Schaden infolge der Unmöglichkeit, seine Arbeitskraft zu entwickeln (vgl. Romen, Komm. S. 55, Dr. v. Schwarze, Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungs- und Strafhaft, Leipzig 1883 S. 11). Die sich hie und da in der Literatur findende weitergehende Ansicht widerspricht dem Wortlaut und dem Zwecke des Gesetzes.[1]

[1] Der mir vom k. k. Justizministerium in Wien gütigst übersandte österreichische Gesetzentwurf bietet, so interessant er ist, für obige Fragen keinen Auslegungsbehelf.

# Die Notwehr und die Zusammenrottung im Militärstrafrecht.

Von **Ph. Otto Mayer**, Hauptmann a. D., Oberkriegsgerichtsrat beim Generalkommando II. bayer. Armeekorps.

In der letzten Zeit wurde das Urteil eines Kriegsgerichts in Dessau in der Tagespresse lebhaft erörtert, durch welches ein Gefreiter und ein Infanterist wegen Aufruhrs zu 5 Jahren bzw. 5 Jahren 1 Tag (soll wohl heißen 1 Monat — § 19 II StGB.) Zuchthaus verurteilt wurden. Es ist hier nicht der Ort, auf den Sachverhalt näher einzugehen, welcher diesem Urteil angeblich zugrunde liegt. Das gerichtliche Verfahren ist noch nicht abgeschlossen und es wird in diesem Fall wohl Berufung und Revision eingelegt und daher die Sache sowohl in rechtlicher, als auch in tatsächlicher Richtung nachgeprüft werden.[1])

Es ist gewiß das Recht der Presse, solche besonderen Fälle zu besprechen. Doch wurde dieser Fall auch in der Richtung verwertet, daß dadurch die Notwendigkeit einer sofortigen Aenderung des Gesetzes hergeleitet werden wollte. Wenn aber ein Gesetz einmal 32 Jahre besteht und sich im allgemeinen bewährt hat, sollte man mit einem solchen Verlangen doch zuwarten, bis der Fall rechtskräftig entschieden ist. Erst wenn feststeht, daß die endgültig erkannte Strafe nach dem allgemeinen Rechtsgefühl übermäßig hoch ist, wenn außerdem nachgewiesen ist, daß solche dem allgemeinen Rechtsgefühl widerstrebende Strafen öfter zu befürchten sind und daher der Weg der Allerhöchsten Gnade zur Regel werden müßte, wenn überdies feststünde, daß höherstehende allgemeine Interessen durch eine Milderung der Strafandrohung nicht geschädigt würden, erst dann könnte dem Gedanken einer Revision des Gesetzes nähergetreten werden und dann auch nur des ganzen Gesetzes.

Im vorliegenden Fall scheint die hohe Strafe vor allem auf der Auslegung zweier Begriffe zu beruhen, nämlich der Notwehr des militärischen Untergebenen und des Begriffes der Zusammenrottung.

Es soll daher hier versucht werden, einen Beitrag zur Klärung dieser Begriffe zu geben.

## I. Die Notwehr des militärischen Untergebenen.

Im Militärstrafgesetzbuch lautet der § 2: „Diejenigen Bestimmungen, welche nach den Vorschriften des deutschen Strafgesetzbuches in Beziehung auf Verbrechen und Vergehen allgemein gelten, finden auf militärische Verbrechen und Vergehen entsprechende Anwendung." Diese allgemein geltenden Bestimmungen sind in der Hauptsache im ersten Teil des StGB. § 13 bis 79 enthalten (vgl. die Ueberschrift „im Allgemeinen") und wäre hienach an sich kein Zweifel, daß nach § 53 StGB. auch dem militärischen Untergebenen die Verteidigung zusteht, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden, auch wenn dieser Angriff von einem Vorgesetzten ausgeht. Es wäre auch kein Zweifel, daß die Ueberschreitung der Notwehr auch gegenüber dem Vorgesetzten nicht strafbar ist, wenn der Täter in Bestürzung, Furcht oder Schrecken über die Grenzen der Verteidigung hinausgegangen ist. Und doch werden diese Zweifel in Rechtslehre und Praxis erhoben.

Zu § 149 MStGB., welcher vom rechtswidrigen Waffengebrauch der Personen des Soldatenstandes im allgemeinen handelt und das Verhältnis der militärischen Unterordnung nicht im Auge hat, sagt Koppmann, 3. Aufl., in n. 10: „Einem Angriff wird zur Abwehr häufig nur dadurch begegnet werden können, daß der Angegriffene seinerseits zum Gegenangriffe schreitet." Hiemit stimmt auch Olshausen § 53 n. 12 d und die dort angeführte Praxis des Reichsgerichts überein. Entgegen diesem Standpunkte wird jedoch, wenn der rechtswidrige Angriff vom militärischen Vorgesetzten ausgeht, der Standpunkt vertreten, daß der Untergebene sich nur abwehrend verhalten dürfe, während er sich gemäß § 97 MStGB. wegen tätlichen Vergreifens an einem Vorgesetzten strafbar mache, wenn er in einem solchen Falle seinerseits aktiv zu Tätlichkeiten übergehe. Koppmann sagt in n. 9 zu § 97, die Bestimmungen des § 53 StGB. seien hier nicht zutreffend. In einer kürzlich in einer Tageszeitung erschienenen Besprechung des Dessauer Falles wird dies durch die Anführung von Koppmann und weiter damit begründet, daß eine derartige Einschränkung im Interesse der Disziplin unbedingt notwendig sei. Diese Einschränkung finde ihre gesetzliche Begründung in den Worten des § 2 MStGB. „finden entsprechende Anwendung".

Koppmann zitiert, abgesehen von seiner unten zu würdigenden eigenen Begründung, für seine Anschauung Hecker S. 214, während dieser jedoch auf S. 102 dem Untergebenen das Recht der Notwehr ausdrücklich zuerkennt mit der selbstverständlichen Maßgabe, daß bei ihm mit Rücksicht auf dessen soldatische Erziehung und die Disziplin besonders sorgfältig zu prüfen ist, ob er die Grenzen der Notwehr nicht überschritten hat. Auch Oberniedermayr vertritt diesen Grundsatz für das bayer. MStGB., indem er sagt, daß gewaltsame Verteidigung gegen den Vorgesetzten zu vermeiden ist, solange dem Untergebenen noch die Möglichkeit gegeben ist, denselben durch passive Verteidigung oder andere Mittel abzuwehren. Er steht

---

[1]) Während des Drucks des Aufsatzes brachten die Tagesblätter die Nachricht, daß das Oberkriegsgericht zu Magdeburg das Urteil des Kriegsgerichts zu Dessau aufgehoben und die beiden Angeklagten wegen tätlichen Angriffs gegen einen Vorgesetzten zu 1½ Jahren Gefängnis verurteilt hat. Der Herausgeber.

also völlig auf der Grundlage unseres bürgerlichen StGB., wonach das der Art oder dem Maß nach schwerere Mittel nicht angewendet werden darf, solange das geringere Mittel ausreicht. Wenn Koppmann weiter die Kommentare zu § 113, 53 anführt, so ist daraus für eine Beschränkung des Rechts der Notwehr nichts zu entnehmen.

§ 113 schützt den Vollzugsbeamten nur während der rechtmäßigen Ausübung des Amts. § 97 aber schützt den Offizier a) während Ausübung von ähnlichen Aufgaben, z. B. Vornahme von Pfändungen, Gestellungen vor Gericht; b) bei Ausübung des militärischen Dienstes; c) außer Dienst. Muß der Offizier ad a und b einen rechtmäßigen Angriff auf den Untergebenen unternehmen, so gibt es dagegen ebensowenig eine Notwehr, wie gegen den Beamten im Fall des § 113, da ein rechtswidriger Angriff nicht vorliegt. Der nicht rechtmäßigen Amts- bezw. Dienstausübung gegenüber aber besteht das Recht der Notwehr, soweit der Angriff nicht berechtigt ist, wobei aber hervorzuheben ist, daß der seinen Dienst ausführende Vorgesetzte durch den zuständigen Befehl des höheren Vorgesetzten immer gedeckt ist und ein Widerstand gegen den, wenn auch objektiv unberechtigten Angriff in diesem Falle strafbar wäre. Vgl. Olshausen ad § 113 n. 29 und Oppenhof n. 16. Auf den Fall sub c trifft die Analogie des § 113 nicht zu.

Einer eingehenderen Besprechung bedarf die Begründung aus dem Wort „entsprechend" in § 2 MStGB., da sie sich anscheinend auf Urteile des Reichsmilitärgerichts zu stützen sucht. Das Reichsmilitärgericht hat die Anwendbarkeit des § 53 auf Untergebene bis jetzt nur einmal in einem Fall putativer Notwehr (IV, 57) behandelt und bejaht, hatte jedoch dort keinen Anlaß, eine etwaige Einschränkung des Rechts der Notwehr auf Grund des § 2 MStGB. oder aus anderen Gründen zu erörtern. Es hat jedoch schon mehrfach den § 2 und die Bedeutung des Wortes „entsprechend" bei Prüfung der Frage erörtert, ob die allgemeinen Bestimmungen des besonderen Teiles des StGB. auf militärische Vergehen, z. B. ob § 199, 200, 193 StGB. auf § 91 MStGB. anwendbar seien. Dabei hat es den Satz ausgesprochen, daß unter den in § 2 bezeichneten allgemeinen Bestimmungen auch diejenigen zu verstehen seien, welche für besondere Arten von Verbrechen und Vergehen gegeben sind. Doch seien von diesen Bestimmungen nur diejenigen anwendbar, mit welchen die Rücksicht auf die Erhaltung der Disziplin im Heere vereinbar sei.

Begründet wurde dies mit der Einleitung zu den Motiven des MStGB., wonach es leitender Gedanke beim Aufbau des MStGB. war, es mit dem deutschen Zivilstrafrecht in Einklang zu bringen und zwar insoweit, als die besonderen Bedürfnisse des Heeres und die als oberstes Gesetz geltende Rücksicht auf die Erhaltung der Disziplin damit vereinbar erschien.

Es darf wohl als anerkannt gelten, daß das Gesetz die einzige Quelle des Strafrechts ist. Es dürfte daher das Wort „entsprechend" auch dahin auszulegen sein, daß die allgemeinen Bestimmungen anzuwenden sind, soweit es dem MStGB. entspricht. Dies ist auch in den Motiven zu § 2 MStGB. ausdrücklich gesagt, indem dort die in keinem Stadium der Entstehung des Gesetzes widersprochene Erläuterung gegeben ist: „Die Einteilung in Verbrechen und Vergehen entspricht dem bürgerlichen StGB. Von selbst rechtfertigt sich darum als Regel, die im StGB. für Verbrechen und Vergehen gegebenen allgemeinen Bestimmungen mit der Maßgabe auf die militärischen Verbrechen und Vergehen anzuwenden, daß alle Bestimmungen, welche rücksichtlich der Verbrechen gelten, auf militärische Verbrechen, alle rücksichtlich der Vergehen geltenden Bestimmungen auf militärische Vergehen Anwendung finden.

Dies schreibt auch § 2 vor, wenn er anordnet, daß alle Bestimmungen, welche das StGB. über die Bestrafung der Verbrechen und Vergehen enthält, auf Bestrafung militärischer Verbrechen und Vergehen entsprechende (ist in den Motiven gesperrt gedruckt) Anwendung findet.

Inwieweit diese Regel Ausnahmen erleidet, ist an den einschlägigen Orten z. B. in dem Abschnitte über Versuch § 56 (dieser Paragraph ist nicht Gesetz geworden) ausdrücklich bestimmt worden.

Wenn übrigens § 2 der allgemeinen Bestimmungen gedenkt, so versteht er darunter auch das untrennbar zu demselben gehörige Einführungsgesetz."

Hienach scheint es, als ob die Motive die allgemeinen Bestimmungen für besondere Arten von Verbrechen nicht im Auge gehabt hätten. Dies wäre um so unbedenklicher, als eine Anzahl dieser Paragraphen vom Reichsmilitärgericht bereits für nicht anwendbar erklärt sind und der nicht wohl entbehrliche § 193 StGB. im Urteil des III. Senats vom 10. Februar 1903 zwar an sich nicht für anwendbar erklärt ist, jedoch ausgeführt ist, daß die darin enthaltenen Rechtsgrundsätze anwendbar sind, daß er also in der von Liszt (7. Aufl. S. 328) ihm gegebenen Auslegung Anwendung findet. Zum militärischen Diebstahlsversuch aber ist Herbst der Ansicht, daß dieser nur aus § 242 StGB., nicht aus § 138 MStGB. strafbar ist. Gewiß ist aber, daß nach diesen Bemerkungen der Motive die allgemeinen Bestimmungen des StGB., also §§ 13—79, uneingeschränkt gelten, soweit nicht das MStGB. sie ausdrücklich einschränkt. Durch Zweckmäßigkeitsgründe, also auch durch Rücksicht auf die Disziplin kann eine Einschränkung nicht begründet werden, zumal die Motive mit dem Wort „war" in der Einleitung zum Ausdruck brachten, daß

diese Rücksichten in dem Gesetz bereits gewahrt, also nicht bei der Gesetzanwendung zu ergänzen sind. Für § 53 StGB. ist eine solche Einschränkung nicht erfolgt, also gilt er ohne jede Einschränkung.

Es wird hiegegen eingewendet, die Abwehr des Untergebenen dürfe nie in Gegenwehr übergehen, da letztere in § 97 mit Strafe bedroht sei. Doch ist dies eine petitio principii und § 97 kann nur insoweit Strafe androhen, als sie nicht im allgemeinen Teil, also auch durch § 53 ausgeschlossen ist. Es wird doch niemand den Untergebenen strafen wollen, wenn er z. B. tobsüchtig ist und die Voraussetzungen des § 51 gegeben sind. Es wird gesagt, für die durch Angriffe des Vorgesetzten begründete Milderung treffe § 98 MStGB. Vorsorge. Darauf ist zu entgegnen, daß § 98 nur für den gereizten und nicht in Notwehr befindlichen Untergebenen Vorsorge trifft. Ist die Handlung des Untergebenen zur Abwendung eines rechtswidrigen Angriffs erforderlich, so ist sie straflos. Ist er durch den Angriff gereizt, die Gegenwehr aber nicht, oder nicht in dem geschehenen Maße erforderlich, so ist § 98 anzuwenden. § 98 trifft in den meisten Fällen den Fall unerlaubter Selbsthilfe gegenüber einem beendeten Angriff, bei dem § 53 nicht anwendbar ist. Es kann sogar ein Angriff des Vorgesetzten vorliegen und der Untergebene, ohne gereizt zu sein, zur Abwendung berechtigt sein, nämlich dann, wenn ein Angriff auf andere vorliegt. Es wird gesagt, auch durch § 124 MStGB. sei der § 53 eingeschränkt. Hiegegen ist zu bemerken, daß in diesem Falle § 53 nicht in Frage kommt, da der unter den Voraussetzungen des § 124 stattfindende Angriff des Vorgesetzten kein rechtswidriger ist.

Es wird noch der Notwehrexzeß des § 53 III in seiner Anwendung für beschränkt erklärt. Ist aber § 53 I und II gültig, so ist nicht abzusehen, warum Abs. 3 nur beschränkt gelten sollte. Es ist ja selbstverständlich, daß beim Soldaten, der zu Mut, Entschlossenheit und zum Vertrauen auf den Vorgesetzten erzogen wird, dieser Abs. 3 sehr selten anwendbar sein wird. Doch ist dies nicht eine Frage der Anwendbarkeit des Gesetzes, sondern eine Frage tatsächlicher Erwägung im einzelnen Fall. Ebenso wird der zur Disziplin erzogene Soldat kaum je in die Lage kommen, zur Gegenwehr gegen einen Vorgesetzten schreiten zu müssen; denn rechtswidrige Angriffe von Vorgesetzten, die eine solche erfordern, werden kaum je vorkommen und der Untergebene trägt die Gefahr schwerer Strafe, wenn er im einzelnen Fall über das zur Abwendung erforderliche Maß hinausgegangen ist. Noch schwerer wird sich der Untergebene entschließen, für „Andere“, wozu ja auch Zivilpersonen gehören, gegen den Vorgesetzten aufzutreten, falls die Sache nicht ganz unzweifelhaft liegt und eine besonders schwere Gefährdung des Angegriffenen vorliegt. Und hält er das Vorgehen des Vorgesetzten für nicht unberechtigt, so ist er sogar verpflichtet, dem ihn zur Hilfe aufrufenden Vorgesetzten Folge zu leisten, in welchem Falle ihn § 46 Satz 1 MStGB. gegen jede strafrechtliche Verantwortlichkeit schützt.

Es wird bei voller Anwendbarkeit des § 53 weder die Disziplin, noch werden die militärischen Interessen Schaden leiden; dies wird weit eher durch eine übermäßige Ausdehnung des Begriffes der Disziplin geschehen. Aber wäre auch ein solcher Schaden im einzelnen Falle ausnahmsweise zu befürchten, so ist unter allen Umständen das Gesetz anzuwenden, das allen Rücksichten der Zweckmäßigkeit vorgeht. Ein solcher vereinzelter Fall würde aber das allgemeine Vertrauen in die Rechtspflege stärken, damit indirekt die Disziplin fördern und der Allgemeinheit beweisen, daß unser Militärstrafgesetzbuch allen berechtigten Anforderungen zum Schutze des Untergebenen weitgehende Rechnung trägt.

Als Ergebnis der Untersuchung glaube ich hienach feststellen zu können: § 53 StGB. gilt für alle militärische Verbrechen und Vergehen ohne jede Einschränkung. Er gilt einschl. des Absatzes 3 sowohl bezüglich des Gesetzes, als auch für die Anwendung im einzelnen Fall, auch wenn es sich um den VI. Abschnitt des MStGB. handelt.

Im Einzelfalle ist hier unter Berücksichtigung der militärischen Erziehung und des militärischen Geistes, wie auch aller die Disziplin schützenden Bestimmungen sorgfältig zu prüfen, ob der Angriff des Vorgesetzten rechtswidrig und ob die Verteidigung ihrer Art und ihrem Maße nach zur Abwendung dieses Angriffs erforderlich und ein etwaiger Notwehrexzeß bei einem Soldaten entschuldbar war.

## II. Die Zusammenrottung.

In den §§ 106 bis 110 MStGB. ist die Strafandrohung für den militärischen Aufruhr enthalten. Die für uns entscheidenden Worte des § 106 lauten: „Wenn mehrere sich zusammenrotten und mit vereinten Kräften es unternehmen rc.“ Wie schon oben hervorgehoben, ist das Militärstrafrecht tunlichst dem Zivilstrafrecht nachgebildet und so lehnen sich auch die beiden ersten Paragraphen an den § 115 StGB. und zwar § 106 an den I. und § 107 an den II. Absatz dieses Paragraphen an. Der Begriff der „Zusammenrottung mehrerer“ ist auch im § 55 Ziff. 3 MStGB. als allgemeiner Straferhöhungsgrund enthalten.

Schon im StGB. besteht Streit darüber, wie viele Personen mindestens zu einer solchen Zusammenrottung erforderlich sind und darf auf die Literatur Bezug genommen werden, wie sie bei Max Ernst Mayer, Strafschärfungsgründe S. 49 ff. angeführt ist. Nach Koppmann § 55 n. 25 und § 106 n. 3 genügen für die Zusammenrottung im

Sinne dieser Paragraphen bereits zwei. Das Reichsmilitärgericht hat III, 128 die Frage behandelt. Im fraglichen Falle waren drei Angeklagte „zusammengerottet“ und war nur zweifelhaft, wie viele davon Tätlichkeiten verübt hatten. Als Rechtssatz ist an der Spitze dieses Falles ohne nähere Begründung gesagt, „mehrere im Sinne des § 106 sind bereits zwei“. Koppmann hat diesen Standpunkt durch das beigefügte Wort „Rotte“ begründet, womit er wohl auf den auch von Olshausen angezogenen militärisch-technischen Begriff der Rotte hinweisen will. Damit ist zugegeben, daß zur Begründung des Standpunkts nicht genügt, darauf hinzuweisen, daß zwei für den Begriff „Mehrere“ genügen. Es ist nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht bloß erforderlich, daß es „Mehrere“ sind, sondern auch, daß diese „Mehreren“ sich zusammenrotten, also vorsätzlich eine Rotte bilden. Wenn nun zur Begründung der Zahl 2 auf den militärisch-technischen Begriff der Rotte Bezug genommen wird, so ist dementgegen zu bemerken, daß zu der Zeit, als das MStGB. Gesetz wurde, nach dem preußischen Exerzierreglement von 1847, § 15 Abs. 3, das am 9. Mai 1872 auch in Bayern eingeführt wurde und bis zum Jahre 1889 in Geltung blieb, die Rotte regelmäßig aus drei Mann bestand. Es sagt in dieser Richtung § 15 des Exerzierreglements für die Infanterie von 1847 bzw. 9. Mai 1872 in Abs. 3 a. E.: „Drei (auch zwei) auf diese Art hintereinander gerichtete Soldaten bilden eine Rotte“. Zwei bildeten nur dann eine Rotte, wenn die Zahl der Mannschaft sich nicht mit 3 teilen ließ oder wenn die Kompagnie in die Gefechtsformation überging. Eine sogen. blinde Rotte kann auch durch einen Mann gebildet werden. Trupp, Kompagnie und Bataillon wurden immer in drei Gliedern aufgestellt. Erst in Ziff. 77 des Exerzierreglements von 1889 heißt es: „Je zwei hintereinander stehende Leute bilden eine Rotte“. Es kann doch unmöglich das Gesetz vom Jahre 1872 diesen Begriff aus dem Reglement vom Jahre 1889 entnommen haben. Auch ist ein Zusammenhang zwischen diesem technischen Begriff des Exerzierreglements und dem Strafgesetz nirgends angedeutet. Er ist aber umsoweniger anzunehmen, als der § 106 MStGB. auf der Grundlage des § 115 StGB. entstanden ist und bei letzterem unmöglich an einen so engen militärischen Begriff gedacht wurde. Das Gesetz selbst verlangt aber schon in § 115 StGB. begrifflich mehr als zwei; denn es setzt voraus 1. es muß eine der in den §§ 113 und 114 bezeichneten Handlungen mit vereinten Kräften (also doch mindestens von zweien) begangen werden, 2. es müssen noch andere an dieser Ansammlung teilnehmen, 3. in Abs. 2 ist von einem Rädelsführer (nach Grimm Anführer eines aufrührerischen Haufens) die Rede, also von dem Führer eines Rädels i. e. einer Rotte (denn Rädel, Rudel, Rotte sind gleiche Begriffe). Ist ein Führer da, so blieben für den von ihm geführten Rädel bei zwei ein Mann, bei der Annahme von drei zwei Mann, also erst die jetzige technische Rotte übrig, 4. ist auch vorausgesetzt, daß die einen mit vereinten Kräften Gewalttätigkeiten verüben und diese sind mit Zuchthaus bedroht und daß andere sich dabei in bestimmter Absicht ansammeln und diese sind mit Gefängnis bedroht. Ohne die ersteren sind die letzteren nicht möglich, da der Aufruhr nur dann strafbar ist, wenn eine der fraglichen Handlungen „mit vereinten Kräften“ begangen wird (vgl. Olshausen ad. § 115 n. 3). Ebenso läßt sich die Frage für das Militärstrafrecht begründen. Dort muß es auch solche geben, welche nur teilnehmen. Es ist als regelmäßige Erscheinung außer ihnen ein Rädelsführer und solche, die Gewalttätigkeiten verüben, angenommen. Oder der Haufe muß wenigstens so groß sein, daß man nicht mehr weiß, welche von den Angesammelten Gewalttätigkeiten verübt haben. Dann wären alle, wenigstens nach § 106 bzw. § 115 I, strafbar. Würden im Falle des § 106 ff. zwei genügen, so wären die Worte „sich zusammenrotten und“ überflüssig. Wie bedeutungsvoll sie aber sind, ergibt der Vergleich mit § 103 II MStGB. Denn eine von zweien verübte gemeinschaftliche (also auch mit vereinten Kräften verübte) Tätlichkeit gegen den Vorgesetzten ist, wenn sie eine vorher verabredete, also an sich schwerer strafbare Tat ist, nach § 103 II mit Gefängnis oder Festungshaft von 3 bzw. 1 Jahr 3 Monaten an und, wenn mit einer Waffe oder vor versammelter Mannschaft &c. verübt, bei Annahme eines minder schweren Falles von 2 Jahren 3 Monaten an bedroht. Erst wenn eine schwere Körperverletzung (§ 224 StGB.) oder der Tod des Vorgesetzten eintritt, tritt Zuchthaus von gleicher Dauer (bis zu 15 Jahren) ein. Es kann also die nicht verabredete von zweien mit vereinten Kräften verübte Tätlichkeit nicht wohl mit Zuchthaus von 5 bis zu 15 Jahren oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bedroht sein. Die §§ 106 ff. lassen also in ihrem Zusammenhang keinen Zweifel übrig, daß zwei oder auch drei für eine „Zusammenrottung“ nicht genügen; und jedes Gesetz muß in seinem Zusammenhang ausgelegt werden. Es hat sonach, wie Mayer a. a. O. richtig ausführt, das StGB. und das auf ihm ruhende MStGB. den Begriff „Rotte“ nicht auf Grund des Exerzierreglements, sondern auf Grund des sprachlichen und allgemein gebräuchlichen Begriffes von „Rotte“ gebraucht.

In einem Werk nun, welches nach Umfang und wissenschaftlicher Gründlichkeit fast einzig in der Welt dasteht, nämlich in Grimms Deutschem Wörterbuch, ist in mehreren Spalten das Wort „Rotte“, dessen Entstehung und die Entwicklung des Begriffs erläutert. Es ist kurz übersetzt mit „Abteilung, Schar“, englisch rout, und dabei bemerkt, daß im Neuhochdeutschen die Anwen-

dung eingeschränkt sei e n t w e d e r im militärischen Sinne o d e r in der üblen Bedeutung von „schlimme Schar, Bande". Da man beim Aufruhr des bürgerlichen und auf Grund dessen auch des militärischen StGB. aber eine wohl geordnete, übrigens mindestens die Anwesenheit eines Trupps voraussetzende Zahl von zweien nicht wohl meinen kann, so meinte man gewiß das letztere; denn zwei Mann werden beim Exerzieren nebeneinander aufgestellt, und nur als Teil eines größeren Ganzen, einer Sektion, einer Gruppe oder mit Beziehung hierauf gebraucht man das Wort „Rotte". Daß man die zweite Bedeutung „üble Schar" im Auge hatte, wird noch unterstützt durch die Entwicklung des Wortes.

Ursprünglich im Mittelalter war es entweder eine militärische Abteilung bei Fußvolk und Reitern, deren Anzahl mit der Entwicklung der Heereseinrichtung wechselte oder auch ein Trupp für einen einzelnen Zweck bestimmter Leute oder es war eine bürgerliche Rotte, d. h. eine Anzahl für einen gleichen Zweck bestimmter Bürger, welche unter einem Rottmeister standen, oder im übrigen eine Schar, ein Haufe von Leuten.

Später bekam das Wort wohl auf Grund von „Rotte Korah" eine Wendung ins Ueble a) als eine Bande von Verschwörern, Aufrührern, Rebellen, b) als eine üble Schar unansehnlicher oder armer, leichtsinniger, verbrecherischer, bösgesinnter Menschen.

Nach all diesem haben wir unter „Rotte", wenn es im Zusammenhang mit Aufruhr verstanden wird, nicht nur zwei oder drei, da man diese nicht Bande oder Schar nennen kann, sondern eine unbestimmte Vielheit von Menschen zu verstehen, deren Zahl nach den Umständen des einzelnen Falles sich bestimmt.

Dagegen wird es nicht richtig sein, mit Max Ernst Mayer zu verlangen, daß dies eine Menschenmenge sei. Dies dürfte sich schon daraus ergeben, daß dies Erfordernis im Entwurf I des StGB. stand, jedoch fallen gelassen wurde, während es in § 125 StGB. neben dem Wort „sich zusammenrottet" enthalten ist.

Bezüglich des Begriffs „Rotte" ist auch darauf hinzuweisen, daß die Zahl im bayer. StGB. vom Jahre 1813 und im württemberg. StGB. von 1839 auf zehn oder mehr bestimmt war, vgl. im bayer. StGB. Art. 319 „wenigstens zehn", Art. 332 „zehn oder mehrere". Zu Art. 319 ist nach den Protokollen des Geheimen Rats bemerkt: „Nur in der Zusammenrottung mehrerer Menschen ist ein Aufruhr denkbar und zwar in einer größeren Anzahl, weil sonst der Widerstand jenen Grad der Gewalt nicht an sich trägt, welcher die Gemeingefährlichkeit dieser Handlung auszeichnet." Es ist dies ein Gesichtspunkt, der heute noch ebenso durchschlagend ist, als damals.

Auch in dieser Frage ist nicht anzunehmen, daß die militärischen Bedürfnisse eine Ausdehnung des Begriffs der Zusammenrottung erfordern. Der Rahmen der Strafandrohung ist allgemein so groß, daß er eine genügende Strafe in allen Fällen ermöglicht und auch die Disziplin kleiner Abteilungen sichert. Es ist der erschwerte Ungehorsam unter dem Gewehr oder vor versammelter Mannschaft mit Strafe bis zu 5 Jahren, die Drohung gegen den Vorgesetzten bis zu 3 Jahren und, wenn durch sie eine Diensthandlung gehindert werden will, bis zu 10 Jahren, der einfache Ungehorsam mit der Gefahr eines erheblichen Nachteils bis zu 2 und bei dessen wirklichem Eintritt bis zu 10 Jahren bedroht. Für den Fall in Dessau aber ist die Wichtigkeit offensichtlich. Bei Annahme der Notwehr könnte Freisprechung und bei Wegfall der Zusammenrottung wegen tätlichen Vergreifens oder Widersetzung eine mit 6 Monaten oder 1 Jahr beginnende Freiheitsstrafe, oder eine Milderung nach § 98 MStGB. eintreten, der bei Aufruhr nicht anwendbar ist.

Als Ergebnis dieser Ausführung glaube ich feststellen zu können, daß für eine Zusammenrottung im Sinne des MStGB. zwei oder auch drei Personen nicht genügen, daß es aber im übrigen Sache der Beurteilung des einzelnen Falles ist, eine wie große Zahl den Begriff erfüllt. Es wird sich dies nach der Größe der Gefährdung, der Zahl der zur Unterdrückung notwendigen Mannschaft, der Erfüllung des Begriffs der Gemeingefährlichkeit und auch danach richten, daß die Zahl genügt, um bei den einzelnen Beteiligten ein größeres Machtgefühl zu erwecken.

---

Wenn ich das meinige zur Klärung dieser beiden Begriffe beizutragen suchte, so leitete mich das Interesse an dem erwähnten Falle, aber auch die Bedenken, welche die fortgesetzten Angriffe auf unser MStGB. und die Wichtigkeit eines solchen Einzelfalls hierbei erwecken. Geben diese Ausführungen den Anlaß zu einer nochmaligen eingehenden Prüfung dieser Fragen, so ist ihr Zweck erreicht.

---

## Mitteilungen aus der Praxis.*)

**Form des eigenhändigen Testaments. BGB. § 2231.** Die Entscheidung auf S. 56 dieser Zeitschrift, daß die Ortsangabe „in meinem Zimmer G . . . straße Nr. 76a 2r" ungenügend und das eigenhändige Testament nichtig sei, weil der Name der Stadt fehlt, darf nicht unwidersprochen bleiben. Die Entscheidung wird mit der Behauptung begründet, der Fall liege ähnlich

*) Wir werden in diesem Teile kürzere Abhandlungen bringen, die nicht dazu bestimmt sind, ein Thema wissenschaftlich erschöpfend zu erörtern, vielmehr auf lehrreiche Vorkommnisse aus der Praxis und auf die Beurteilung hinweisen sollen, die sie erfahren haben, oder nach der Ansicht des Einsenders erfahren sollen. Diese Rubrik unseres Blattes kann auch dazu benützt werden, auf bestehende irrige Auffassungen aufmerksam zu machen oder anregend auf die Gesetzgebung und die Praxis einzuwirken. Wir bitten unsere Leser um ihre eifrige Mitwirkung zur lebhafteren Ausgestaltung dieses Teiles: er wird dann eine gegenseitige Aussprache und Belehrung unter den bayrischen Juristen ermöglichen. Wir sind auch bereit, Anfragen aus der Praxis hier abzudrucken, für die eine Beantwortung aus dem Leserkreise gewünscht wird.

wie beim Ausstellungsort eines Wechsels (WO. Art. 4 Nr. 6) und für diesen letzteren Fall ergebe sich aus der Bemerkung § 37 in Staubs Kommentar zur WO. Art. 4 Nr. 6, daß die Straßenangabe für sich allein ungenügend sei. Staub verlangt allerdings an dieser Stelle sogar die Angabe der politischen Gemeinde. Zur Begründung begnügt er sich, ohne ein eigenes Wort hinzuzufügen, mit dem Hinweis auf die Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 9 S. 261. Diese Entscheidung des ROHG. betrifft aber gar nicht den Ausstellungsort, sondern den Zahlungsort. Als Ausstellungsort des dem ROHG. vorliegenden Wechsels war deutlich „Berlin" genannt, als Zahlungsort „Markthalle D". Nur nebenher ist auch des Ausstellungsortes im gleichen Sinne Erwähnung getan. Da wohl zugegeben werden muß, daß die Fälle der Angabe des Orts der Testamentserrichtung und der Bestimmung des Orts der Wechselzahlung keine solche Aehnlichkeit mit einander haben, daß der Schluß, mit „Ort" sei in beiden Stellen derselbe gemeint, irgendwie zwingend ist, so ist für die Begründung der Entscheidung über das eigenhändige Testament die Berufung auf Staub verfehlt. Man wird zur Auslegung des § 2231 von dieser Autorität und dieser Analogie absehen und sich auf das BGB. selbst beschränken müssen. Das BGB. und das EG. z. BGB. geben an keiner Stelle eine Begriffsbestimmung für „Ort". Die Vergleichung der sämtlichen Stellen, an denen das BGB. und das EG. das Wort „Ort" enthalten (BGB. 7, 10, 16, 24, 57, 80, 238, 261, 269, 270, 383, 391, 447, 448, 570, 644, 697, 700, 701, 772, 811, 960, 1194, 1236, 1237, 2231, 2241, 2250, 2267; EG. 11, 36), zeigt, daß dem BGB. die Absicht ferne lag, dieses Wort stets nur im Sinne von „Ortschaft" oder „politische Gemeinde" zu gebrauchen. Man muß also auf den natürlichen Sinn und Sprachgebrauch zurückgehen. Im natürlichen und weitesten Sinne bezeichnet „Ort" einen Punkt im Raum. Im übertragenen, engeren, geographischen Sinne versteht man darunter auch eine Ansiedelung, Ortschaft, Gemeinde. Welche Gründe sprechen dafür, daß im § 2231 Nr. 2 des BGB. das Wort im einen oder im anderen Sinne gebraucht ist? Für den engeren Sinn müssen nach allgemeinen Grundsätzen der Logik Gründe beigebracht werden, für den weiteren spricht mangels solcher die Vermutung. Als Grund für den engeren Sinn läßt sich angeben, daß eine ganz richtige, wissenschaftlich genaue Angabe des Punktes der Errichtung oft schwer möglich sein würde, daß deshalb damit allzugroße Anforderungen an den Erblasser gestellt würden, daß es billiger scheint, nur die Angabe der Ortschaft oder der Gemeinde zu verlangen, und daß diese Billigkeit als Gesetzeswille vermutet werden muß. Dieser Grund ist indessen nicht zutreffend. Freilich würde es unbillig sein und darum nicht der Wille des Gesetzes sein können, eine wissenschaftlich genaue Ortsbezeichnung zu verlangen. Davon ist aber auch nirgends die Rede. Es genügt natürlich eine minder genaue Ortsbezeichnung, wie sie im allgemeinen Verkehr üblich ist, also auch die Angabe des Namens der Ortschaft oder der Gemeinde der Errichtung, wenn das Testament in einer solchen errichtet worden ist. Es ist aber die Ortsbezeichnung durch diese Angabe nicht erforderlich. Denn das würde zur Folge haben, daß gerade in den wichtigsten und dringlichsten Fällen (Eisenbahnfahrt, Motorfahrt, Radfahrt, Luftballonfahrt, Bergbesteigung, Forschungsreisen, Aufenthalt in großen ausmärkischen Wäldern) gültige eigenhändige Testamente nicht errichtet werden könnten. Ein solches Ergebnis aber wäre unannehmbar. Es muß vielmehr jede Art der Ortsangabe genügen, die nach den Umständen oder nach der allgemeinen Verkehrsübung den Ort hinreichend deutlich bezeichnet. Eine solche hinreichende Ortsangabe kann auch in der Angabe der Wohnung enthalten sein und es scheint fast, als ob in dem auf Seite 56 mitgeteilten Falle die Wohnungsangabe nach den Umständen keinen ernsten Zweifel über den wirklichen Ort und die Gemeinde der Testamentserrichtung gelassen hätte. Dann hätte aber wohl anders entschieden werden sollen.

Oberregierungsrat Schmitt in München.

---

**Zu §§ 1090, 1093 BGB. (Die Dienstbarkeit des Wohnungsrechts.)** Der Inhaber eines geistlichen Benefiziums in einer unmittelbaren Stadt Bayerns beanspruchte auf Grund eines Vertrages vom 24. Mai 1904, in welchem die Stadtgemeinde dem jeweiligen Benefiziaten die Instandsetzung und Unterhaltung einer im Vertrage näher bestimmten Wohnung in einem städtischen Gebäude zusicherte, die Eintragung dieser Rechte im Grundbuche. Auf die Aufforderung des Amtsgerichts zur Erklärungsabgabe hat der Magistrat beschlossen, gegen die Eintragung Erinnerungen zu erheben, da die eingeräumten Rechte nicht dinglicher, sondern persönlicher, obligatorischer Natur seien. Von diesem Beschlusse wurde das Gericht innerhalb der gewährten Frist verständigt; gleichwohl aber erfolgte von Amts wegen die Vormerkung dieser Rechte im Hypothekenbuche, da ihnen der Richter dingliche Natur beilegte. Der Magistrat hat sodann zur Vermeidung von Weiterungen und in Ermangelung jeglichen besonderen Interesses, da er das Gebäude niemals zu veräußern beabsichtigt, beschlossen, die Eintragung zu bewilligen, die sofort erfolgte. Gleichwohl durfte meines Erachtens weder Vormerkung noch Eintragung der Rechte erfolgen, da ein dingliches Recht im Sinne des Gesetzes nicht begründet wurde. Zunächst ist daran festzuhalten, daß die dinglichen Rechte durch das BGB. sowohl der Zahl wie dem Inhalte nach fest begrenzt sind. Es können also nicht durch Vertrag dingliche Rechte anderer, im Gesetze nicht vorgesehener Art begründet werden, wie auch der Inhalt der dinglichen Rechte des Gesetzes sich der freien Vereinbarung entzieht. Dieser Rechtssatz gilt gemäß Art. 189 Abs. 1 Satz 3 EG. z. BGB. auch schon in der Zeit, bevor das Grundbuch als angelegt anzusehen ist. Hiernach ist sofort klar, daß das eingangs erwähnte Recht, welches dem jeweiligen Inhaber eines Benefiziums, ohne Rücksicht auf etwa vorhandenen Grundbesitz, Anspruch auf Instandsetzung und Unterhaltung einer Wohnung in einem städtischen Gebäude gegenüber der Stadtgemeinde gewährt, nicht dinglicher Natur sein kann, da es sich keinem der dinglichen Rechte des BGB. unterstellen läßt. Eine Grunddienstbarkeit im Sinne der §§ 1018 ff. kommt nicht in Frage, da diese begrifflich ein herrschendes und dienendes Grundstück erfordert, so daß nur der jeweilige Eigentümer eines Grundstückes als Träger des Rechtes erscheint. Hier ist der Berechtigte der jeweilige Inhaber eines Benefiziums. Aber auch eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit nach §§ 1090, 1093 BGB. ist nicht gegeben, weil diese nur zugunsten einer bestimmt

individualisierten Person, nicht zugunsten des jeweiligen Inhabers eines Benefiziums eingeräumt werden kann. Diese Dienstbarkeit erlischt mit dem Tode des Berechtigten (§§ 1090, 1061), während das gegenwärtige Recht auf die Amtsnachfolger übergehen soll. Aus dem gleichen Grunde liegt auch kein Recht des Nießbrauchs (§§ 1030 ff., 1061 l. c.) vor, wobei außerdem noch zu beachten ist, daß dem Berechtigten hier nur ein verhältnismäßig kleiner Gebäudeteil, nicht die Gesamtnutzung des Hauses überlassen wurde. Eine Reallast (§ 1105 ff. BGB.) wurde nicht begründet, weil eine solche ebenfalls nur entweder wie die beschränkt persönliche Dienstbarkeit einer bestimmt individualisierten Person zusteht und dann mit deren Tod untergeht (§§ 1105 Abs. 1 und 1111), oder gleich der Grunddienstbarkeit mit dem Eigentum eines bestimmten Grundstücks verbunden ist (§§ 1105 Abs. 2 und 1110). Da die übrigen dinglichen Rechte das Gesetzes für die Qualifikation eines Wohnungsrechtes überhaupt nicht in Frage kommen können, die vertragsmäßige Begründung weiterer dinglicher Rechte aber ausgeschlossen ist, kann es sich im vorliegenden Falle schon mit Rücksicht auf die Person des Berechtigten nur um eine persönliche Verpflichtung der Stadtgemeinde handeln, die nicht eingetragen werden durfte. Aber auch aus dem Inhalte des Rechtes ergibt sich dessen persönliche, obligatorische Natur. Nach obigem Vertrage hat die Stadtgemeinde für Instandsetzung und Unterhaltung der Wohnung zu sorgen. Beim dinglichen Wohnungsrecht dagegen obliegt die gewöhnliche Unterhaltung nach §§ 1093, 1041 BGB. dem Berechtigten allein. Diese Verpflichtung des Berechtigten kann auch nicht durch Vertrag als dingliche Last dem Eigentümer zufallen, da wie oben erwähnt, der Inhalt der dinglichen Rechte der freien Vereinbarung entzogen ist.

Rechtsk. Bürgermeister Dr. Michel in Landsberg.

**Zu Art. 56 des bayerischen Polizeistrafgesetzbuches.** Nach Art. 56 Abs. II des bayer. PStrGB. sind Sonntagsschulpflichtige, welche öffentlichen Tanzunterhaltungen anwohnen oder ohne Erlaubnis der Eltern, Pflegeeltern, Vormünder, Dienst- oder Lehrherren Wirtshäuser besuchen, mit Haft bis zu sechs Tagen zu bestrafen. Meines Erachtens ist die ausschließliche Androhung einer Haftstrafe für die beiden Uebertretungen veraltet und nicht mehr zu rechtfertigen. Gerade jetzt, wo die Strafrechtsreform dahin zielt, die Jugendlichen solange wie möglich vor der Freiheitsstrafe zu bewahren, insbesondere das Strafmündigkeitsalter hinaufzurücken (vgl. die Verhandlungen des letzten deutschen Juristentages und die interessante Schrift von Dr. jur. Marie Raschke, „Die strafrechtliche Behandlung der Kinder und Jugendlichen"), wird man die Strafe des Art. 56 nicht mehr billigen können. Die Uebertretungen des Art. 56 sind wahrlich nicht so schwerer Natur, daß sie nicht auch durch Geldstrafen geahndet werden könnten. In Preußen, Hessen und Baden besteht eine entsprechende Strafbestimmung überhaupt nicht. Ich verkenne freilich nicht, daß der Besuch von Tanzunterhaltungen und Wirtshäusern leicht einen verderblichen Einfluß auf die Jugend ausüben kann und daß sie durch Strafen hievon abgehalten werden muß. Andererseits muß man wohl erwägen, daß gar oft unverständige Eltern ihre sonntagsschulpflichtigen Kinder zu den Tanzunterhaltungen mitnehmen, hauptsächlich bei Kirchweihen, sie also zu der Uebertretung veranlassen, und daß gerade bei dieser Uebertretung die Verführung und das schlechte Beispiel anderer eine große Rolle spielt. Indem in der Praxis der Richter häufig die Strafbestimmung des Art. 56 für zu hart hält, namentlich dann, wenn sonst gut beleumundete Mädchen und Burschen in Frage kommen, hilft er sich mit § 57 des StGB., wonach in besonders leichten Fällen auf Verweis erkannt werden kann. Daß man, um nicht eine Freiheitsstrafe aussprechen zu müssen, leicht geneigt ist, einen besonders leichten Fall, wenn irgend möglich, anzunehmen, liegt auf der Hand. Auf Grund der Bestimmungen über die bedingte Begnadigung freilich kann der Vollzug der Haftstrafe hinausgeschoben werden und eventuell ganz wegfallen. Immerhin möchte dieser Behelf eine mildere Bestrafung nicht ersetzen. Aus allen diesen Erwägungen erachte ich die alternative Androhung von Geld- und Haftstrafe und eine dementsprechende Abänderung des Art. 56 Abs. II für angebracht, zumal ja nach Abs. I dieses Artikels Eltern, Pflegeeltern, Vormünder, Dienst- und Lehrherren, welche ihren schulpflichtigen Kindern ꝛc. den Besuch von Wirtshäusern oder Tanzunterhaltungen gestatten, an Geld bis zu dreißig Mark oder mit Haft bis zu acht Tagen gestraft werden. Es dürfte sich auch nach dem Vorbild der oben genannten Bundesstaaten die Bestrafung der Wirte empfehlen, die den Sonntagsschulpflichtigen den Besuch ihrer Wirtshäuser gestatten.

Amtsrichter Dosenheimer in Waldmohr.

**Kommt einer in Raten zahlbaren Abfindungssumme für gesetzliche Unterhaltsbeiträge das Pfändungsprivileg der §§ 850 Abs. IV CPO. und 4³, 4ᵃ des Lohnbeschlagnahmegesetzes zu gute?** Die Frage wird zu verneinen sein. Die Zahlung einer Abfindungssumme wird, wenn sie auch auf einer gesetzlichen Unterhaltspflicht beruht, unabhängig von dem in jenen gesetzlichen Bestimmungen geschützten Unterhaltsbedürfnis geschuldet. Die Abfindung stellt ihrer Natur nach keine Unterhaltsleistung für eine bestimmte Zeit dar, sondern bildet eine Entschädigung für den Verzicht auf eine, für eine unbestimmte Zeitdauer zu erwartende Leistung. Sie ist im Gegensatz zu den fortlaufenden, für bestimmte Zeit berechneten Rentenansprüchen von jeder zeitlichen Beschränkung losgelöst. Der Umstand, daß die Abfindung in Raten zahlbar sein soll, macht keinen Unterschied.

Amtsrichter Steiner in München.

**Datierung und Auslegung von Testamenten.** Der Erblasser X hat in dem eigenhändig geschriebenen und unterschriebenen Testamente, dem die Angabe „München im September 1904" vorangestellt ist, als Erben bestimmt „den Verein, der für verwahrloste Kinder sorgt, die ihren Eltern wegen Nichterfüllung ihrer elterlichen Pflichten zwangsweise abgenommen worden". Im Anschlusse hieran berichtet der Erblasser: „Ich bin heute am 1. September 1904 65¾ Jahre alt", und schildert dann einzelne Ereignisse aus seinem Leben. Das Testament schließt mit der Anordnung, daß „der — in guten Verhältnissen befindliche — Bruder mit seiner Familie nichts erhalten soll, sondern alles der Verein".

Fragen: 1. Genügt das Testament in seinen Zeitangaben den Erfordernissen des § 2231 Ziff. 2 BGB.? 2. Ist die Person des Bedachten hinreichend bestimmt?

ad 1. Die Angabe „München im September 1904" erfüllt für sich allein nicht die Vorschrift des § 2231 Ziff. 2 BGB. Der Erblasser hat auch den Tag anzugeben, an dem er seine letztwillige Erklärung ausgestellt hat. Wenn der Erblasser das Zeitdatum in einer Willenserklärung zu verordnen hat — vgl. Planck, BGB. § 2231 Anm. II 4 d — kann die im Texte ganz nebenbei gemachte Bemerkung des Erblassers: „Ich bin heute am 1. September 1904 . . . Jahre alt" als eine Angabe rein tatsächlichen Inhalts für die Datierung nicht in Betracht kommen. Das Zeitdatum, das nach dem Willen des Erblassers für das Testament maßgebend sein soll und deswegen der Erklärung vorangestellt ist, wäre sonach unvollständig, was die Nichtigkeit des Testaments zur Folge hätte (§ 2231 Ziff. 2, 125 BGB.). Mit Recht führt indes das Reichsgericht (Urt. vom 13. Okt. 1902 Bd. 52 S 277) aus, daß das Datum des Testaments keine Willenserklärung ist, daß vielmehr der Erblasser mit der Datierung nur bezeugen und beurkunden will, er habe an dem angegebenen Tage die Erklärung abgegeben. Die Mitteilung im Texte des Testaments: „Ich bin heute am 1. September 1904 ... Jahre alt", obwohl keine Willenserklärung, erfüllt allein schon die an die Datierung gestellten Erfordernisse. Das Testament ist sonach in zeitlicher Beziehung ausreichend datiert.

ad 2. Es gibt keinen Verein, der seine Fürsorge auf Kinder beschränkt, die sich in der vom Erblasser bezeichneten Lage befinden (§ 1666, 1838 BGB., Art. 1 bayr. ZwEG. v. 10. Mai 1902). Dagegen gibt es eine ungemessene Zahl von Vereinen, die der Jugendfürsorge im allgemeinen dienen. Wenn auch der Erblasser den Bedachten nicht gerade ausdrücklich bezeichnen muß (§ 133 BGB.), müssen seine Erklärungen doch derart sein, daß sein Wille aus ihnen entnommen werden kann. Beim Mangel weiterer Auslegungsbehelfe würde, da bei der unbestimmten Zahl der Fürsorgevereine ein Fall des § 2073 BGB. nicht vorliegt, nur erübrigen, die Erklärung als die Anordnung einer Auflage aufzufassen (§ 1940, 140 BGB.). Beschwert wäre, da die Verwandtenerbfolge — Ehegatte, Kinder, Eltern, sonstige Geschwister oder Abkömmlinge vorverstorbener Geschwister des Erblassers sind nicht vorhanden — nach dem Willen des Erblassers nicht bloß in Ansehung des Bruders und dessen Abkömmlinge, sondern allgemein als ausgeschlossen zu gelten hat, (§ 133 BGB.) der Fiskus (§ 1936, 1940 BGB.). Die Ermittelungen des Nachlaßgerichts führten indes auf den Gedanken, der für den Erblasser bei der Testamentserrichtung maßgebend war. Aus den Erklärungen, die der Erblasser nahestehenden Personen gegenüber in formloser Weise gemacht hat, war zu entnehmen, welchen Verein er bedenken wollte. Daß in dieser Weise die Erklärung des Erblassers seinem Willen gemäß vom Richter ergänzt werden darf, unterliegt wohl keinem Zweifel (§ 133 BGB.; vgl. Dernburg, Das bürgerl. R. Bd. 5 S. 117 ff.). Als Erbe wurde sonach ein bekannter Jugendfürsorgeverein in München ermittelt.

Amtsrichter Grieser in München.

---

**Zur juristischen Vorbildung.** In der Sitzung der Reichsratskammer vom 17. Juni 1904 wurde die Frage einer Trennung der Justiz von der Verwaltung schon vom Studium aus behandelt. Gegen eine solche Trennung hat sich nun Reichsrat Dr. von Kahr ganz bestimmt ausgesprochen, und seine Erklärung ist um so interessanter, als er ja Präsident des bayerischen Verwaltungsgerichtshofs ist. Kahr weist darauf hin, daß die Beziehungen der Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege zur bürgerlichen und zur Strafrechtspflege so mannigfaltig sind, daß der Verwaltungsbeamte die Kenntnis des bürgerlichen und Strafrechts wenigstens bis zu einem gewissen Grade nicht entbehren kann. Schon der äußere Verwaltungsdienst bringe den Verwaltungsbeamten im Bereiche der Gemeinde- und der Distriktsverwaltung, des Schul- und Kirchenwesens, der gesamten Polizeiverwaltung usw. fast tagtäglich mit Verhältnissen in Berührung, deren volle Würdigung und richtige Regelung ohne Einblick in das bürgerliche und das Strafrecht nicht möglich sei. Der Verwaltungsbeamte könne sich nicht immer erst anderwärts Rat erholen und es sei auch nicht angezeigt, die Bevölkerung immer ohne weiteres an den Rechtsanwalt zu verweisen. Kahr macht weiter darauf aufmerksam, daß die Verwaltungsrechtsprechung vollends die in Anwendung zu bringenden allgemeinen Rechtsgrundsätze zumeist aus dem bürgerlichen Recht schöpfe und hinsichtlich des Verfahrens zum größten Teil auf die Zivilprozeßordnung angewiesen sei. Eine befriedigende Verwaltungsrechtspflege losgelöst von der Kenntnis des bürgerlichen Rechts sei undenkbar, und es sei ferner unmöglich, daß der höhere Verwaltungsbeamte schwierige staatsrechtliche Fragen lösen und Gesetzentwürfe ohne gründliche juristische Bildung und Schulung ausarbeiten könne! Wir können diesen Ausführungen Kahrs nur beistimmen. Die Praxis zeigt ja jeden Tag, wie Verwaltung und Justiz zusammenhängen und wie kaum eine einzige Verwaltungsrechtssache ohne Zurückgehen auf Gedanken des bürgerlichen Rechts entschieden werden kann. Die Erkenntnisse unseres bayerischen Verwaltungsgerichtshofs fußen oft genug nur auf der Anwendung bürgerlich-rechtlicher Grundsätze, und man hat auch hinreichend Gelegenheit, zu sehen, in welch glänzender Weise dieser Gerichtshof auch das Zivilrecht beherrscht: man vgl. u. a. die Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofs über die rechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers in seiner Entscheidung vom 29. Juli 1892 (Sammlg. Bd. XIV S. 14 ff.) und aus neuerer Zeit seine Ausführungen über den Begriff „Grundstücke" und „Bestandteile von solchen" in der Entscheidung vom 3. Februar 1903 (Sammlg. Bd. XXIV S. 332). Es würde deshalb geradezu eine Gefahr für die Verwaltungsrechtspflege bedeuten, wenn die Ausbildung unserer Verwaltungsbeamten in rein juristischer Beziehung heruntergedrückt würde. Wir müssen Kahr aber weiter auch darin recht geben, daß er eine solche Trennung auch hinsichtlich der Justizbeamten für nachteilig hält; denn diese haben bei den vielen Berührungspunkten zwischen Justiz und Verwaltung eine gründliche Kenntnis des öffentlichen Rechtes ebenso notwendig wie andererseits die Verwaltungsbeamten eine solche des bürgerlichen Rechtes. — Es ist deshalb zu hoffen, daß, nachdem eine Autorität wie Kahr sich gegen die Trennung von Justiz und Verwaltung schon beim Studium ausgesprochen hat, die bezüglichen Einrichtungen in Preußen und Württemberg bei uns in Bayern keine Nachahmung finden.

Notar Dr. Dennler in Lauf.

# Aus der Praxis der Gerichte.

## Reichsgericht.

### I.

**Klage auf Widerruf einer Warnung in öffentlichen Blättern.** Die bekannte Zeitungs-Annonce, in der sich der Mann gegen das Schuldenmachen der Frau verwahrt, beschäftigte kürzlich das Reichsgericht. Das OLG. Colmar (15. Januar 1904) hatte in einer solchen eine Beleidigung der getrennt lebenden Ehefrau erblickt und ein Urteil folgenden Inhalts erlassen: Der Ehemann wird verurteilt, in 6 näher bezeichneten Blättern, welche seine Warnung gebracht hatten, einen Widerruf zu veröffentlichen. Das Reichsgericht (VI. CS. 104/04, 9. Januar 1905) hat das Urteil aufgehoben und in Uebereinstimmung mit dem Erstrichter die Klage der Ehefrau abgewiesen, weil eine Klage auf Zurücknahme des Inserats im Gesetze nicht begründet sei. Auch sei ein Schaden für die Ehefrau nicht entstanden; denn die getrennt lebende Frau habe keine Schlüsselgewalt.

Mitgeteilt von Dr. Scherer, Rechtsanwalt beim Reichsgericht.

### II.

**Zu § 99 CPO.** Die Streitfrage, welches Rechtsmittel zulässig ist, wenn über einen Teil des Streitobjekts ein Anerkenntnisurteil ergangen ist, während der Rest sich anderweit erledigt hat, ist nunmehr auch von dem RG. entschieden. Simonson, Jur.Ztg. 1900 Nr. 17/18, verneint jedes Rechtsmittel, Löwy in Nr. 2 1901 und ebenso ein Urteil des OLG. Hamburg, II. Zivilsenat vom 21. Mai 1901, Hans. Ger.Ztg. 1901 Nr. 118 geben gegen den Teil der Kostenentscheidung, der sich auf das Anerkenntnisurteil stützt, gemäß § 99 Abs. 2 die Berufung, gegen den Rest gemäß Abs. 3 die Beschwerde. Vgl. Leo, Jur.Ztg. 1902, 247. Eine Lücke der CPO. § 99 wird von Kulemann, Recht 1902, 548, behauptet. Vgl. auch Urteile der OLG. Oldenburg und Stettin, Rechtspr. d. OLG. Bd. 5, 162. Der vom RG. entschiedene Fall war gelagert wie folgt: Beklagter hatte vor der Klage 610 Mk. angeboten. Eingeklagt wurden 700 Mk. Hierauf wurden durch Anerkenntnisurteil zugesprochen 600 Mk., bezüglich des Restes von 100 Mk. erfolgte Beweisaufnahme. Hierauf wurde bezüglich des Restes die Klage abgewiesen und Beklagter zu etwa der Hälfte der Kosten verurteilt. Seine Berufung wurde als unzulässig zurückgewiesen und zwar durch Urteil des Kammer-G. vom 18. März 1904. Das RG. hat dieses durch Urteil vom 30. Dezember 1904 (VII. 246/04) bestätigt.

Mitgeteilt von Dr. Scherer, Rechtsanwalt beim Reichsgericht.

### III.

**Zu § 398 BGB. § 265 CPO.** Nach Abtretung des Klaganspruchs kann der Beklagte nicht mehr zur Leistung an den Kläger verurteilt werden.

Gründe: Der Abtretung des Klaganspruchs hat der Berufungsrichter Bedeutung nur insofern beigelegt, als der Kläger verlangen könne, daß der Beklagte zur Leistung an den Zessionar verurteilt werde. In Ermanglung eines solchen Antrags hat er des Zugeständnisses der Abtretung des Restkaufgelds ungeachtet den Beklagten zu dessen Zahlung an den Kläger verurteilt. Diese Behandlung der Einrede der Abtretung beruht auf einer Verkennung der Tragweite des § 265 CPO., der sich nur auf das Prozeßverfahren bezieht. Nach § 398 BGB. tritt mit dem Abschlusse des Abtretungsvertrags der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen, der aus dem Schuldverhältnis ausscheidet. Daraus ergibt sich, wie in dem Urt. in Bd. 56 S. 301 ff. der Entsch. des Reichsger. dargelegt ist, daß der Kläger, wenn er im Laufe des Prozesses seine Forderung abtritt, der Abtretungseinrede gegenüber seinen Antrag auf Leistung an sich in den Antrag auf Leistung an den Zessionar umändern muß, wenn er mit der Klage durchdringen will. Urt. des Reichsger. V 199/04 vom 19. Nov. 1904.

—r.

### IV.

**Zu § 538 Ziff. 3 CPO.** Auch teilweise Zurückverweisung an die Vorinstanz kann zulässig sein.

Gründe: Die Revision meint, daß die ganze weitere Verhandlung und Entscheidung dem ersten Richter zu überlassen gewesen sei. Indessen war vom Beklagten nie bestritten worden, daß, wenn der Vertrag aufgehoben werde, er den Kläger von den übernommenen Schulden befreien müsse; in dieser Richtung lag daher der Fall des § 538 Ziff. 3 CPO. nicht vor, durfte und mußte vielmehr das Berufungsgericht selbst entscheiden. Urt. des Reichsger. V 284/04 vom 3. Dezember 1904. —r.

### V.

**Teilurteil über Klage und Widerklage im Eheprozesse.** Kläger beantragte Scheidung wegen Ehebruchs der Frau, Beklagte beantragte mit Widerklage Scheidung wegen Mißhandlung. Der Erstrichter legte der Beklagten durch Urteil den Eid auf „es sei nicht wahr, daß sie mit N. N. verkehrt habe“. Als Eidesfolgen wurden bestimmt: 1. bei Eidesleistung Abweisung der Klage, Scheidung der Ehe auf die Widerklage aus Schuld des Mannes; 2. bei Eidesverweigerung Scheidung aus Verschulden beider Teile. Kläger ergriff Berufung. Das Oberlandesgericht erachtete die Berufung hinsichtlich der Entscheidung über die Klage für unbegründet, dagegen hielt es weitere Beweisaufnahme wegen der Widerklage für nötig. Durch Teilurteil vom 22. April 1904 wies es die Berufung insoweit zurück, „als durch das angefochtene Urteil für den Fall der Eidesleistung die Klage abgewiesen wurde“. Hinsichtlich der Widerklage erhob es weiteren Beweis und wies dann durch Urteil vom 27. Mai 1904 die Berufung auch insoweit zurück, „als sie nicht schon durch das Teilurteil vom 22. April 1904 zurückgewiesen ist“. Auf Revision des Klägers wurden beide Urteile aufgehoben; die Sache wurde zurückverwiesen.

Aus den Gründen: Nach § 301 Abs. 1 CPO. soll in der Regel ein Teilurteil erlassen werden, wenn Klage oder Widerklage zur Endentscheidung reif sind. Dies gilt an sich auch für Ehesachen. Sind aber Klage und Widerklage auf Scheidung gerichtet, so ist ein Teilurteil nicht möglich. Wird Scheidung beantragt, so wird das eheliche Verhältnis Streitgegenstand. Der Prozeß ist dann dazu bestimmt, alle bis zur Entscheidung durch den Tatrichter zu Gebote stehenden Klagegründe und alle bis dahin möglichen Klaganträge zu erledigen. Daher muß, wenn Klage und Widerklage Scheidung begehren, zunächst die Zulässigkeit eines auf Scheidung lautenden Teilurteils verneint werden. Spricht das Gericht die Scheidung aus, so ist die Ehe, sobald das Urteil rechtskräftig wird, geschieden; für einen Rechtsstreit, der das eheliche Verhältnis zum Gegenstande hat, ist dann kein Raum mehr. Unzulässig ist ferner ein Urteil, das die Ehe auf Antrag einer Partei trennt, und es daneben von einem Eid abhängig macht, ob die Klage der andern Partei abgewiesen oder durch Läuterungsurteil erkannt werden soll, daß die Scheidung auch auf deren Antrag stattfinde. Ebenso unzulässig ist es, die Ehe durch Teilurteil zu trennen, aber die Schuldfrage hinsichtlich eines oder beider Gatten einem späteren Urteile vorzubehalten. Die Prüfung und

Entscheidung der Schuldfrage gehört zur Entscheidung der Frage, ob die Ehe zu trennen sei, und muß deshalb mit der Scheidung der Ehe zum Abschluß kommen. Endlich muß in einem Rechtsstreite der vorliegenden Art auch die Abweisung der Klage oder Widerklage durch Teilurteil für unzulässig erachtet werden und zwar wegen des § 616 CPO. Wird die Klage abgewiesen, so ist es fraglich, ob nicht mit der Rechtskraft des Teilurteils auch die Widerklage ohne weiteres hinfällig wird. Aber selbst wenn man den Fortgang der Widerklage für statthaft hält, würde nach Rechtskraft des Teilurteils die Lage des Klägers verschlechtert sein. Neu entstandene Klagegründe könnte er allerdings noch geltend machen. Dagegen würde er mit Gründen, die er vor Erlaß des Teilurteils geltend machen oder mit einem Rechtsmittel vorbringen konnte, ausgeschlossen sein. Es ist also in einem solchen Rechtsstreit jedes Teilurteil ausgeschlossen. (Urt. des IV. CS. vom 17. Nov. 1904; vgl. Urt. vom 7. Nov. 1902, Jur. Wschr. 1902 Beil. S. 286 Nr. 241, Urt. vom 22. Dezember 1899, Entsch. in Zivilsachen 45 S. 400.)

—n.

VI.

**Entscheidung über Klage und Widerklage im Eheprozesse.** Die Frau beantragte Scheidung wegen Ehebruchs des Manns. Der Mann erhob Widerklage auf Grund des § 1568 BGB. Das Berufungsgericht erkannte am 17. Juni 1903:

„Die Ehe wird auf die Widerklage geschieden und die Klägerin wird für schuldig erklärt. Der Beklagte soll schwören: „es ist nicht wahr, daß ich mit der N. N. verkehrt habe“. Schwört er den Eid, so wird die Klage abgewiesen. Schwört er ihn nicht, so wird die Ehe auch auf die Klage geschieden und auch der Beklagte für schuldig erklärt.“

Das Urteil wurde rechtskräftig. In dem weiteren Verfahren wurde der dem Beklagten auferlegte Eid als verweigert erachtet. Das Berufungsgericht erließ am 4. Mai 1904 das für diesen Fall angekündigte Urteil. Auf die Revision des Beklagten wurde dieses aufgehoben und die Klage wurde für erledigt erklärt.

Aus den Gründen: In Ehesachen, in denen durch Klage und Widerklage nur die Scheidung beantragt wird, kann ein Teilurteil nicht erlassen werden. Das Berufungsgericht hätte auf den Eid erkennen und aussprechen müssen, daß die Ehe bei Leistung des Eids auf die Widerklage, bei Verweigerung auf die Klage und die Widerklage geschieden werden solle. Freilich ist das Urteil vom 17. Juni 1903, auch soweit es bedingt ist, rechtskräftig geworden. Mithin könnte das Läuterungsurteil nicht deshalb angefochten werden, weil das bedingte Urteil auf einem Verstoß beruht. Wohl aber kann es beanstandet werden, weil es eine Entscheidung enthält, die das Gericht nicht mit rechtlicher Wirkung treffen konnte. Als das Urteil vom 17. Juni 1903 rechtskräftig wurde, war die Ehe gelöst. Die nochmals am 4. Mai 1904 erfolgte Scheidung war ein Ausspruch, dem keine rechtliche Bedeutung zukommt. Denn die im Urteil vom 9. Mai 1904 enthaltene Entscheidung entspricht nicht der Wirklichkeit: Die Ehe war schon endgültig getrennt. Das Läuterungsurteil war daher aufzuheben und zwar auch, soweit es den Beklagten für schuldig an der Scheidung erklärt. Der Schuldausspruch kann, wenn die Ehe gelöst ist, nicht mehr erfolgen. Der Umstand, daß das Urteil vom 17. Juni 1903 rechtskräftig geworden ist, kann an dieser Entscheidung nichts ändern. Denn die Rechtskraft hatte gerade zur Folge, daß der bedingte Teil des Urteils hinfällig wurde. (Urt. des IV. CS. vom 1. Dezember 1904.)

— — — — n.

VII.

**Zu § 620 CPO.** Klägerin hat Scheidung wegen Ehebruchs beantragt. Beklagter verlangte durch Widerklage ebenfalls Scheidung wegen Ehebruchs oder doch auf Grund des § 1568 BGB. Nach Beweiserhebung beantragte Klägerin Aussetzung des Verfahrens auf ein Jahr. Beklagter widersprach. Das Landgericht gab dem Aussetzungsantrag statt, setzte aber das Verfahren hinsichtlich der Widerklage fort. Beklagter erhob Beschwerde gegen den Beschluß, der das Verfahren aussetzte. Das Oberlandesgericht hob diesen auf. Die weitere Beschwerde der Klägerin wurde abgewiesen.

Aus den Gründen: Wird von beiden Parteien die Scheidung beantragt, so ist Aussetzung des Verfahrens auf Antrag einer Partei nur möglich, wenn in Ansehung des von der andern Partei gestellten Scheidungsbegehrens auf Grund des § 620 Abs. 1 Satz 2 CPO. von Amts wegen die Aussetzung angeordnet werden kann. Denn die Fortsetzung des Verfahrens über die Scheidungsklage der einen und die Aussetzung hinsichtlich der Scheidungsklage der andern Partei müßte zu einem Teilurteil führen und ein solches ist nicht zulässig. (Beschluß des IV. CS. vom 1. Dezember 1904.)[1]

—n.

## Oberstes Landesgericht.

I.

**Uebereignung eines zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Grundstückes an einen Gesellschafter.** Ein Gläubiger beantragte am 2. August 1904 wegen einer Forderung gegen die Firma H. & Sch., Alleininhaber Karl Otto H. in München, bei dem Amtsgerichte München II die Beschlagnahme eines Anwesens zum Zwecke der Zwangsversteigerung. Im Hypothekenbuch ist als Besitzerin des Anwesens die offene Handelsgesellschaft H. & Sch. eingetragen. Der Gläubiger bezeichnete aber als nunmehrigen Eigentümer den Kaufmann Karl Otto H. und legte beglaubigte Abschrift eines Protokolles des Gerichtsschreibers des Amtsgerichtes München I, Registergericht, vom 15. Januar 1904 vor, in dem die bisherigen Teilhaber der offenen Handelsgesellschaft, die Kaufleute Karl Otto H. und Hans Sch., erklärten, daß die Gesellschaft durch Ausscheiden des Hans Sch. aufgelöst und das Geschäft mit allen Forderungen und Schulden unter Fortführung der bisherigen Firma von Karl Otto H. übernommen worden ist. Das Amtsgericht als Vollstreckungsgericht gab dem Antrage statt, als Hypothekenamt lehnte es die Eintragung der Beschlagnahme ab. Die Beschwerde des Gläubigers, mit der er unter Berufung auf Art. 21 Abs. 3 mit Art. 30 Abs. 2 Subh.O. beantragte, das Hypothekenamt anzuweisen, den Uebergang des Eigentums an dem Anwesen auf die Firma H. & Sch., Alleininhaber Karl Otto H., sowie die Beschlagnahme vorzumerken, wurde von dem Landgerichte München I zurückgewiesen. Das Beschwerdegericht fand in dem Protokolle vom 15. Januar 1904 nicht den Nachweis, daß das Eigentum an dem zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Anwesen auf Karl Otto H. übergegangen ist, erachtete dazu vielmehr einen notariell beurkundeten Eigentumsübertragungsvertrag für erforderlich. Der Gläubiger legte die weitere Beschwerde ein und machte geltend, wie bei der Erbengemeinschaft jeder Miterbe zwar nicht über seinen Anteil an den Nachlaßgegenständen, wohl aber über seinen Anteil an dem Nachlasse verfügen kann, ebenso stehe bei der offenen Handelsgesellschaft dem Gesellschafter die Verfügung über seinen Anteil an dem

[1] In dem Urt. des IV. CS. vom 5. Dez. 1904 ist ausgesprochen, daß in Ehesachen, wenn Klage und Widerklage auf Scheidung gerichtet sind, die Aufhebung der Entscheidung über die Klage in der Revisionsinstanz ohne weiteres auch die Aufhebung der Entscheidung über die Widerklage zur Folge haben muß.

Gesellschaftsvermögen als Ganzes zu. Denn § 2033 BGB. spreche einen aus dem Wesen der Gemeinschaft zur gesamten Hand sich ergebenden Grundsatz aus, der für jede Gemeinschaft solcher Art gelte. Gehöre aber ein Grundstück zum Gesellschaftsvermögen, so enthalte die Verfügung über einen Anteil am Gesellschaftsvermögen keine Verfügung über das Grundstück, es bedürfe daher nicht der für die Uebertragung des Eigentums an Grundstücken vorgeschriebenen Form. Für die Gesellschaft sei die dargelegte Rechtsanschauung zudem in § 738 BGB. ausdrücklich anerkannt. Das Oberste Landesgericht wies die weitere Beschwerde des Gläubigers zurück aus folgenden Gründen: Der § 2033 BGB. enthält eine Sondervorschrift, die für die Erbengemeinschaft getroffen wurde, um einem Bedürfnisse des Rechtslebens Rechnung zu tragen (Prot. V S. 838; Planck, BGB. Bd. V Bem. 1 zu § 2033 S. 179). Für die anderen Fälle einer Gemeinschaft zur gesamten Hand,[1]) die Gesellschaft, die eheliche und die fortgesetzte Gütergemeinschaft, ist ausdrücklich das Gegenteil bestimmt (§§ 719 Abs. 1, 1442 Abs. 1, 1471 Abs. 2, 1487 Abs. 1, 1497 Abs. 2). Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Gemeinschaft noch besteht oder aufgelöst ist und nur soweit noch als fortbestehend gilt, als der Zweck der Auseinandersetzung es erfordert, insbesondere gilt für die Gesellschaft die Vorschrift des § 719 Abs. 1, nach welcher ein Gesellschafter nicht über seinen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen verfügen kann, nach § 730 Abs. 2 auch in dem letzteren Falle. Von dem Grundsatze des § 719 Abs. 1 ist auch im § 738 keine Ausnahme gemacht. Auch der aus der Gesellschaft ausscheidende Gesellschafter kann nicht über seinen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen verfügen, der Anteil wächst aber kraft des Gesetzes, ohne rechtsgeschäftliche Uebertragung, den übrigen Gesellschaftern zu. Die Vorschrift des § 738 bezieht sich nach ihrem klaren Wortlaute nur auf den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der in Gemäßheit der §§ 736, 737 fortbestehenden Gesellschaft, nicht auch auf den Fall, daß durch das Ausscheiden des einen von zwei Gesellschaftern die Gesellschaft aufgelöst wird. Für diesen Fall hat es bei den Vorschriften der §§ 730—735 sein Bewenden. Für die offene Handelsgesellschaft enthält der § 142 HGB. die besondere Vorschrift, daß bei dem Vorhandensein von nur zwei Gesellschaftern in gewissen Fällen der eine Gesellschafter berechtigt ist oder vom Gerichte für berechtigt erklärt werden kann, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen, und daß dabei auf die Auseinandersetzung die für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der Gesellschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden. Es kann unerörtert bleiben, ob dies mit Staub (K. z. HGB., 6. und 7. Aufl. Anm. 2 zu § 142 S. 465, a. M. Lehmann-Ring, HGB. Bd. I Anm. 4 zu § 142 S. 308) dahin zu verstehen ist, daß in den Fällen des § 142 die im § 738 BGB. bestimmte Anwachsung eintritt. Denn wenn dies auch der Sinn des § 142 HGB. sein sollte, so kann daraus doch nicht, wie Staub (Anm. 8 zu § 145 HGB. S. 473) versucht, gefolgert werden, daß das gleiche auch dann gilt, wenn die Gesellschaft in anderer Weise, als im § 142 vorgesehen ist, aufgelöst wird und die Gesellschafter übereinkommen, daß der eine von ihnen das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernimmt. Einer solchen Vereinbarung hat das Gesetz diese Wirkung nicht beigelegt, durch Vereinbarung der Gesellschafter allein kann der Uebergang des nicht übertragbaren Anteils des einen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen auf den anderen Gesellschafter nicht bewirkt werden. Hiernach bedarf es im vorliegenden Falle der Uebertragung der einzelnen Vermögensbestandteile, somit zur Uebertragung des Eigentums an dem zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Grundstück auf den das Geschäft übernehmenden Gesellschafter, da das Grundbuch noch nicht als angelegt anzusehen ist, nach Art. 14 des Not.G. von 1861 eines notariell beurkundeten Vertrags (Neue Samml. IV S. 235; Entsch. i. Angel. d. freiw. Gerichtsb. u. d. Grdb.R. Bd. II S. 146, Bd. III S. 97; Rechtspr. d. OLG. Bd. IX S. 254, 255; Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht, 2. Aufl. Bd. I Bem. III 2 zu § 925 S. 363, 364). Durch die in dem Protokolle vom 15. Januar 1904 enthaltene Vereinbarung hat Karl Otto H. das Eigentum an dem Anwesen nicht erlangt, das Anwesen gehört noch zum Gesellschaftsvermögen der offenen Handelsgesellschaft, die noch nicht vollständig erloschen ist, sondern insoweit noch als fortbestehend gilt, als die Ausführung der getroffenen Vereinbarung, insbesondere die Uebertragung des Eigentums an dem Anwesen auf Karl Otto H. es erfordert. Da es an einem den Eigentumsübergang bewirkenden Rechtstitel fehlt, kann die Anwendung des Art. 21 Abs. 3 und des Art. 30 Abs. 2 Subh.O. nicht in Frage kommen. (Beschl. I. CS. Reg. III 66/1904 vom 7. Oktober 1904.)

Mitget. v. E. Yblagger, Rat am Obersten Landesgericht in München.

## II.

**Bestellung eines Treuhänders bei Sicherheitshypotheken des bisherigen Rechts.** K. bestellte 24 Gläubigern für Forderungen verschiedenen Betrags aus Warenlieferungen und Wechseln Sicherheitshypotheken gleichen Ranges an verschiedenen Grundstücken der Steuergemeinde Th. Bei der Bestellung erklärte er, daß zur Verfügung über die Hypotheken in ihrer Gesamtheit wie über jede einzelne außer den einzelnen Gläubigern auch 3 bestimmt bezeichnete Gläubiger befugt sein sollten, jedoch nur in der Weise, daß mindestens 2 von ihnen gemeinsam zu handeln hätten. Die von K. beantragte Eintragung dieser Nebenbestimmung wurde vom Hypothekenamt abgelehnt. Die Beschwerde und die zum Obersten Landesgericht eingelegte weitere Beschwerde blieben erfolglos. Das Oberste Landesgericht führte aus: Durch die Art. 21, 22 des Gesetzes vom 18. Mai 1896 (einige Bestimmungen über die Inhaberpapiere betr.) wurde für Hypotheken der in Art. 18 des Gesetzes bezeichneten Art die Bestellung eines Vertreters des jeweiligen Gläubigers zugelassen. Sie kann, wenn sie mit der Hypothekbestellung als eine zum Inhalte der Hypothek gehörende Bestimmung erfolgt, nach § 107 des Hypotheken-Gesetzes auf einseitigen Antrag des Eigentümers in das Hypothekenbuch eingetragen werden. Aber die Ansicht des Beschwerdeführers, daß die Bestellung eines solchen Vertreters bei Hypotheken jeder Art zulässig sei, geht fehl. Das bisherige Recht läßt wie das BGB. eine solche besondere Gestaltung des Inhalts der Hypothek nur bei Hypotheken bestimmter Art zu, bei denen dafür ein besonderes Bedürfnis besteht. Die im vorliegenden Falle bestellten Sicherheitshypotheken fallen nicht unter die Sondervorschrift. Hier kann zwar der Gläubiger einen Vertreter bestellen, dessen Vollmacht nur mit Zustimmung des Eigentümers widerrufen werden kann, aber die Verfügungsbefugnis des Vertreters kann nicht in den Inhalt der Hypothek aufgenommen und dadurch späteren Gläubigern gegenüber wirksam gemacht werden; ein Sondernachfolger erwirbt die Hypothek mit der ausschließlichen Verfügungsbefugnis, die sich aus ihrem vom Gesetze bestimmten Inhalt für den Gläubiger ergibt. (Beschl. des I. CS. vom 30. Dezember 1904.)

— — — n.

## III.

**Verpflichtungen des Wechselgläubigers nach Zahlung des Wechsels.** Art. 39 der Wechselordnung legt dem

---

[1]) Ueber das Wesen der Gemeinschaft zur gesamten Hand im Gegensatze zur Gemeinschaft nach Bruchteilen vgl. Neue Samml. IV S. 949 ff.

Entscheidung der Schuldfrage gehört zur Entscheidung der Frage, ob die Ehe zu trennen sei, und muß deshalb mit der Scheidung der Ehe zum Abschluß kommen. Endlich muß in einem Rechtsstreite der vorliegenden Art auch die Abweisung der Klage oder Widerklage durch Teilurteil für unzulässig erachtet werden und zwar wegen des § 616 CPO. Wird die Klage abgewiesen, so ist es fraglich, ob nicht mit der Rechtskraft des Teilurteils auch die Widerklage ohne weiteres hinfällig wird. Aber selbst wenn man den Fortgang der Widerklage für statthaft hält, würde nach Rechtskraft des Teilurteils die Lage des Klägers verschlechtert sein. Neu entstandene Klagegründe könnte er allerdings noch geltend machen. Dagegen würde er mit Gründen, die er vor Erlaß des Teilurteils geltend machen oder mit einem Rechtsmittel vorbringen konnte, ausgeschlossen sein. Es ist also in einem solchen Rechtsstreit jedes Teilurteil ausgeschlossen. (Urt. des IV. CS. vom 17. Nov. 1904; vgl. Urt. vom 7. Nov. 1902, Jur. Wschr. 1902 Beil. S. 286 Nr. 241, Urt. vom 22. Dezember 1899, Entsch. in Zivilsachen 45 S. 400.)

—n.

VI.

**Entscheidung über Klage und Widerklage im Eheprozesse.** Die Frau beantragte Scheidung wegen Ehebruchs des Manns. Der Mann erhob Widerklage auf Grund des § 1568 BGB. Das Berufungsgericht erkannte am 17. Juni 1903:

„Die Ehe wird auf die Widerklage geschieden und die Klägerin wird für schuldig erklärt. Der Beklagte soll schwören: „es ist nicht wahr, daß ich mit der N. N. verkehrt habe". Schwört er den Eid, so wird die Klage abgewiesen. Schwört er ihn nicht, so wird die Ehe auch auf die Klage geschieden und auch der Beklagte für schuldig erklärt."

Das Urteil wurde rechtskräftig. In dem weiteren Verfahren wurde der dem Beklagten auferlegte Eid als verweigert erachtet. Das Berufungsgericht erließ am 4. Mai 1904 das für diesen Fall angekündigte Urteil. Auf die Revision des Beklagten wurde dieses aufgehoben und die Klage wurde für erledigt erklärt.

Aus den Gründen: In Ehesachen, in denen durch Klage und Widerklage nur die Scheidung beantragt wird, kann ein Teilurteil nicht erlassen werden. Das Berufungsgericht hätte auf den Eid erkennen und aussprechen müssen, daß die Ehe bei Leistung des Eids auf die Widerklage, bei Verweigerung auf die Klage und die Widerklage geschieden werden solle. Freilich ist das Urteil vom 17. Juni 1903, auch soweit es bedingt ist, rechtskräftig geworden. Mithin könnte das Läuterungsurteil nicht deshalb angefochten werden, weil das bedingte Urteil auf einem Verstoß beruht. Wohl aber kann es beanstandet werden, weil es eine Entscheidung enthält, die das Gericht nicht mit rechtlicher Wirkung treffen konnte. Als das Urteil vom 17. Juni 1903 rechtskräftig wurde, war die Ehe gelöst. Die nochmals am 4. Mai 1904 erfolgte Scheidung war ein Ausspruch, dem keine rechtliche Bedeutung zukommt. Denn die im Urteil vom 9. Mai 1904 enthaltene Entscheidung entspricht nicht der Wirklichkeit: Die Ehe war schon endgültig getrennt. Das Läuterungsurteil war daher aufzuheben und zwar auch, soweit es den Beklagten für schuldig an der Scheidung erklärt. Der Schuldausspruch kann, wenn die Ehe gelöst ist, nicht mehr erfolgen. Der Umstand, daß das Urteil vom 17. Juni 1903 rechtskräftig geworden ist, kann an dieser Entscheidung nichts ändern. Denn die Rechtskraft hatte gerade zur Folge, daß der bedingte Teil des Urteils hinfällig wurde. (Urt. des IV. CS. vom 1. Dezember 1904.)

— — — — n.

VII.

**Zu § 620 CPO.** Klägerin hat Scheidung wegen Ehebruchs beantragt. Beklagter verlangte durch Widerklage ebenfalls Scheidung wegen Ehebruchs oder doch auf Grund des § 1568 BGB. Nach Beweiserhebung beantragte Klägerin Aussetzung des Verfahrens auf ein Jahr. Beklagter widersprach. Das Landgericht gab dem Aussetzungsantrag statt, setzte aber das Verfahren hinsichtlich der Widerklage fort. Beklagter erhob Beschwerde gegen den Beschluß, der das Verfahren aussetzte. Das Oberlandesgericht hob diesen auf. Die weitere Beschwerde der Klägerin wurde abgewiesen.

Aus den Gründen: Wird von beiden Parteien die Scheidung beantragt, so ist Aussetzung des Verfahrens auf Antrag einer Partei nur möglich, wenn in Ansehung des von der andern Partei gestellten Scheidungsbegehrens auf Grund des § 620 Abs. 1 Satz 2 CPO. von Amts wegen die Aussetzung angeordnet werden kann. Denn die Fortsetzung des Verfahrens über die Scheidungsklage der einen und die Aussetzung hinsichtlich der Scheidungsklage der andern Partei müßte zu einem Teilurteil führen und ein solches ist nicht zulässig. (Beschluß des IV. CS. vom 1. Dezember 1904.)[1]

—n.

## Oberstes Landesgericht.

I.

**Uebereignung eines zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Grundstückes an einen Gesellschafter.** Ein Gläubiger beantragte am 2. August 1904 wegen einer Forderung gegen die Firma H. & Sch., Alleininhaber Karl Otto H. in München, bei dem Amtsgerichte München II die Beschlagnahme eines Anwesens zum Zwecke der Zwangsversteigerung. Im Hypothekenbuch ist als Besitzerin des Anwesens die offene Handelsgesellschaft H. & Sch. eingetragen. Der Gläubiger bezeichnete aber als nunmehrigen Eigentümer den Kaufmann Karl Otto H. und legte beglaubigte Abschrift eines Protokolles des Gerichtsschreibers des Amtsgerichtes München I, Registergericht, vom 15. Januar 1904 vor, in dem die bisherigen Teilhaber der offenen Handelsgesellschaft, die Kaufleute Karl Otto H. und Hans Sch., erklärten, daß die Gesellschaft durch Ausscheiden des Hans Sch. aufgelöst und das Geschäft mit allen Forderungen und Schulden unter Fortführung der bisherigen Firma von Karl Otto H. übernommen worden ist. Das Amtsgericht als Vollstreckungsgericht gab dem Antrage statt, als Hypothekenamt lehnte es die Eintragung der Beschlagnahme ab. Die Beschwerde des Gläubigers, mit der er unter Berufung auf Art. 21 Abs. 3 mit Art. 30 Abs. 2 SubhO. beantragte, das Hypothekenamt anzuweisen, den Uebergang des Eigentums an dem Anwesen auf die Firma H. & Sch., Alleininhaber Karl Otto H., sowie die Beschlagnahme vorzumerken, wurde von dem Landgerichte München I zurückgewiesen. Das Beschwerdegericht fand in dem Protokolle vom 15. Januar 1904 nicht den Nachweis, daß das Eigentum an dem zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Anwesen auf Karl Otto H. übergegangen ist, erachtete dazu vielmehr einen notariell beurkundeten Eigentumsübertragungsvertrag für erforderlich. Der Gläubiger legte die weitere Beschwerde ein und machte geltend, wie bei der Erbengemeinschaft jeder Miterbe zwar nicht über seinen Anteil an den Nachlaßgegenständen, wohl aber über seinen Anteil an dem Nachlasse verfügen kann, ebenso stehe bei der offenen Handelsgesellschaft dem Gesellschafter die Verfügung über seinen Anteil an dem

[1] In dem Urt. des IV. CS. vom 5. Dez. 1904 ist ausgesprochen, daß in Ehesachen, wenn Klage und Widerklage auf Scheidung gerichtet sind, die Aufhebung der Entscheidung über die Klage in der Revisionsinstanz ohne weiteres auch die Aufhebung der Entscheidung über die Widerklage zur Folge haben muß.

Gesellschaftsvermögen als Ganzes zu. Denn § 2033 BGB. spreche einen aus dem Wesen der Gemeinschaft zur gesamten Hand sich ergebenden Grundsatz aus, der für jede Gemeinschaft solcher Art gelte. Gehöre aber ein Grundstück zum Gesellschaftsvermögen, so enthalte die Verfügung über einen Anteil am Gesellschaftsvermögen keine Verfügung über das Grundstück, es bedürfe daher nicht der für die Uebertragung des Eigentums an Grundstücken vorgeschriebenen Form. Für die Gesellschaft sei die dargelegte Rechtsanschauung zudem in § 738 BGB. ausdrücklich anerkannt. Das Oberste Landesgericht wies die weitere Beschwerde des Gläubigers zurück aus folgenden Gründen: Der § 2033 BGB. enthält eine Sondervorschrift, die für die Erbengemeinschaft getroffen wurde, um einem Bedürfnisse des Rechtslebens Rechnung zu tragen (Prot. V S. 838; Planck, BGB. Bd. V Bem. 1 zu § 2033 S. 179). Für die anderen Fälle einer Gemeinschaft zur gesamten Hand,[1] die Gesellschaft, die eheliche und die fortgesetzte Gütergemeinschaft, ist ausdrücklich das Gegenteil bestimmt (§§ 719 Abs. 1, 1442 Abs. 1, 1471 Abs. 2, 1487 Abs. 1, 1497 Abs. 2). Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Gemeinschaft noch besteht oder aufgelöst ist und nur soweit noch als fortbestehend gilt, als der Zweck der Auseinandersetzung es erfordert, insbesondere gilt für die Gesellschaft die Vorschrift des § 719 Abs. 1, nach welcher ein Gesellschafter nicht über seinen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen verfügen kann, nach § 730 Abs. 2 auch in dem letzteren Falle. Von dem Grundsatze des § 719 Abs. 1 ist auch im § 738 keine Ausnahme gemacht. Auch der aus der Gesellschaft ausscheidende Gesellschafter kann nicht über seinen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen verfügen, der Anteil wächst aber kraft des Gesetzes, ohne rechtsgeschäftliche Uebertragung, den übrigen Gesellschaftern zu. Die Vorschrift des § 738 bezieht sich nach ihrem klaren Wortlaute nur auf den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der in Gemäßheit der §§ 736, 737 fortbestehenden Gesellschaft, nicht auch auf den Fall, daß durch das Ausscheiden des einen von zwei Gesellschaftern die Gesellschaft aufgelöst wird. Für diesen Fall hat es bei den Vorschriften der §§ 730—735 sein Bewenden. Für die offene Handelsgesellschaft enthält der § 142 HGB. die besondere Vorschrift, daß bei dem Vorhandensein von nur zwei Gesellschaftern in gewissen Fällen der eine Gesellschafter berechtigt ist oder vom Gerichte für berechtigt erklärt werden kann, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen, und daß dabei auf die Auseinandersetzung die für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der Gesellschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden. Es kann unerörtert bleiben, ob dies mit Staub (K. z. HGB., 6. und 7. Aufl. Anm. 2 zu § 142 S. 465, a. M. Lehmann-Ring, HGB. Bd. I Anm. 4 zu § 142 S. 308) dahin zu verstehen ist, daß in den Fällen des § 142 die im § 738 BGB. bestimmte Anwachsung eintritt. Denn wenn dies auch der Sinn des § 142 HGB. sein sollte, so kann daraus doch nicht, wie Staub (Anm. 8 zu § 145 HGB. S. 473) versucht, gefolgert werden, daß das gleiche auch dann gilt, wenn die Gesellschaft in anderer Weise, als im § 142 vorgesehen ist, aufgelöst wird und die Gesellschafter übereinkommen, daß der eine von ihnen das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernimmt. Einer solchen Vereinbarung hat das Gesetz diese Wirkung nicht beigelegt, durch Vereinbarung der Gesellschafter allein kann der Uebergang des nicht übertragbaren Anteils des einen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen auf den anderen Gesellschafter nicht bewirkt werden. Hiernach bedarf es im vorliegenden Falle der Uebertragung der einzelnen Vermögensbestandteile, somit zur Uebertragung des Eigentums an dem zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Grundstück auf den das Geschäft übernehmenden Gesellschafter, da das Grundbuch noch nicht als angelegt anzusehen ist, nach Art. 14 des Not.G. von 1861 eines notariell beurkundeten Vertrags (Neue Samml. IV S. 235; Entsch. i. Angel. d. freiw. Gerichtsb. u. d. Grdb.R. Bd. II S. 146, Bd. III S. 97; Rechtspr. d. OLG. Bd. IX S. 254, 255; Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht, 2. Aufl. Bd. I Bem. III 2 zu § 925 S. 363, 364). Durch die in dem Protokolle vom 15. Januar 1904 enthaltene Vereinbarung hat Karl Otto H. das Eigentum an dem Anwesen nicht erlangt, das Anwesen gehört noch zum Gesellschaftsvermögen der offenen Handelsgesellschaft, die noch nicht vollständig erloschen ist, sondern insoweit noch als fortbestehend gilt, als die Ausführung der getroffenen Vereinbarung, insbesondere die Uebertragung des Eigentums an dem Anwesen auf Karl Otto H. es erfordert. Da es an einem den Eigentumsübergang bewirkenden Rechtstitel fehlt, kann die Anwendung des Art. 21 Abs. 3 und des Art. 30 Abs. 2 Subh.O. nicht in Frage kommen. (Beschl. I. CS. Reg. III 66/1904 vom 7. Oktober 1904.)

Mitget. v. E. Yblagger, Rat am Obersten Landesgericht in München.

## II.

**Bestellung eines Treuhänders bei Sicherheitshypotheken des bisherigen Rechts.** K. bestellte 24 Gläubigern für Forderungen verschiedenen Betrags aus Warenlieferungen und Wechseln Sicherheitshypotheken gleichen Ranges an verschiedenen Grundstücken der Steuergemeinde Th. Bei der Bestellung erklärte er, daß zur Verfügung über die Hypotheken in ihrer Gesamtheit wie über jede einzelne außer den einzelnen Gläubigern auch 3 bestimmt bezeichnete Gläubiger befugt sein sollten, jedoch nur in der Weise, daß mindestens 2 von ihnen gemeinsam zu handeln hätten. Die von K. beantragte Eintragung dieser Nebenbestimmung wurde vom Hypothekenamt abgelehnt. Die Beschwerde und die zum Obersten Landesgericht eingelegte weitere Beschwerde blieben erfolglos. Das Oberste Landesgericht führte aus: Durch die Art. 21, 22 des Gesetzes vom 18. Mai 1896 (einige Bestimmungen über die Inhaberpapiere betr.) wurde für Hypotheken der in Art. 18 des Gesetzes bezeichneten Art die Bestellung eines Vertreters des jeweiligen Gläubigers zugelassen. Sie kann, wenn sie mit der Hypothekbestellung als eine zum Inhalte der Hypothek gehörende Bestimmung erfolgt, nach § 107 des Hypotheken-Gesetzes auf einseitigen Antrag des Eigentümers in das Hypothekenbuch eingetragen werden. Aber die Ansicht des Beschwerdeführers, daß die Bestellung eines solchen Vertreters bei Hypotheken jeder Art zulässig sei, geht fehl. Das bisherige Recht läßt wie das BGB. eine solche besondere Gestaltung des Inhalts der Hypothek nur bei Hypotheken bestimmter Art zu, bei denen dafür ein besonderes Bedürfnis besteht. Die im vorliegenden Falle bestellten Sicherheitshypotheken fallen nicht unter die Sondervorschrift. Hier kann zwar der Gläubiger einen Vertreter bestellen, dessen Vollmacht nur mit Zustimmung des Eigentümers widerrufen werden kann, aber die Verfügungsbefugnis des Vertreters kann nicht in den Inhalt der Hypothek aufgenommen und dadurch späteren Gläubigern gegenüber wirksam gemacht werden; ein Sondernachfolger erwirbt die Hypothek mit der ausschließlichen Verfügungsbefugnis, die sich aus ihrem vom Gesetze bestimmten Inhalt für den Gläubiger ergibt. (Beschl. des I. CS. vom 30. Dezember 1904.)

— — — n.

## III.

**Verpflichtungen des Wechselgläubigers nach Zahlung des Wechsels.** Art. 39 der Wechselordnung legt dem

---

[1] Ueber das Wesen der Gemeinschaft zur gesamten Hand im Gegensatze zur Gemeinschaft nach Bruchteilen vgl. Neue Samml. IV S. 949 ff.

Wechselgläubiger im Falle der Zahlung des Wechsels die Verpflichtung auf, den Wechsel zu quittieren und dem Wechselschuldner auszuhändigen. Daraus ergibt sich die weitere Verpflichtung, wenn der Wechselschuldner den Wechsel nach Zahlung nicht herausverlangt, den Wechsel so zu verwahren oder zu entkräften, daß der Schuldner nicht in die Gefahr kommt, noch einmal zahlen zu müssen. Ein Zuwiderhandeln gegen diese Verpflichtung verbindet den Wechselgläubiger zum Schadensersatz. Darin, daß der Wechselschuldner von seinem Rechte, den Wechsel herauszuverlangen, keinen Gebrauch macht, liegt kein den Ersatzanspruch entkräftendes eigenes Verschulden. Urteil vom 14. Dezember 1904 R. I 202/1904. K.

---

## Oberlandesgericht München.

**Zustellung des Urteils in Ehesachen und Berufungsfrist.** Durch landgerichtliches Urteil war die Ehescheidungsklage des Ehemanns abgewiesen und zufolge der Widerklage der Ehefrau erkannt worden, daß die Ehe aus Verschulden des Widerbeklagten geschieden werde. Dieses Urteil wurde gemäß § 625 CPO. den beiden Prozeßbevollmächtigten I. Instanz von Amts wegen am 30. November 1903 zugestellt. Am 2. Dezember 1903 ließ der Anwalt des Klägers dem beklagten Anwalt I. Instanz das Urteil nochmals zustellen. Die klägerische Berufungsschrift gelangte am 31. Dezember 1903 in den Einlauf der Gerichtsschreiberei des OLG., durch deren Vermittlung am 7. Januar 1904 Zustellung der Berufungsschrift an den Gegenanwalt erfolgte. Die klägerische Berufung wurde in II. Instanz als unzulässig verworfen aus folgenden Gründen: Eine Zustellung des Urteils im Parteibetriebe ist in den Fällen des § 625 CPO. schlechthin unwirksam, also auch für den Beginn des Laufes einer Berufungsfrist nicht von Belang. Denn der Zweck dieser Gesetzesbestimmung: „zu verhüten, daß die Rechtskraft der Ehescheidungsurteile nach Willkür der Parteien in der Schwebe gelassen werde" würde vereitelt werden, wenn durch Zustellung im Parteibetriebe eine selbständige Rechtsmittelfrist eröffnet werden könnte. Wenn der Berufungskläger meint, die Zustellung des Urteils auf Betreiben der Partei sei hier doch wirksam, weil die Berufung nur den Ausspruch des Erstrichters über das Verschulden der Streitsteile betreffe, die Scheidung als solche aber unangefochten lasse, so trägt diese Anschauung scheinbar der vorerwähnten ratio legis Rechnung, sie ist aber als unzutreffend zu erachten. Hinsichtlich der Formalien der Berufung macht es auch hier keinen Unterschied, ob ein Urteil seinem vollen Umfange nach, oder nur teilweise angefochten wird. Die Berufungsschrift, deren rechtzeitige Zustellung allein entscheidend ist, braucht den Berufungsantrag gar nicht zu enthalten; enthält sie ihn aber, so kann dieser Berufungsantrag — von der Anschlußberufung des Gegners ganz abgesehen — in der mündlichen Verhandlung ergänzt und erweitert werden. Würde der Kläger also in einem späteren Termine den Berufungsantrag auf die Scheidung selbst erstrecken, so würde nach klägerischer Auffassung die früher zulässige Berufung wieder unzulässig werden, weil für den Scheidungsausspruch als solchen die von Amts wegen betätigte Urteilszustellung maßgebend bliebe! Der vom Kläger vertretene Standpunkt ist auch in der Rechtsprechung nicht zur Anerkennung gelangt. Das Urteil des Reichsgerichts vom 15. Mai 1895 (Gruchot, Bd. 29 S. 1131) spricht nur aus, daß ein Berufungsurteil, das sich nur mit der Schuldfrage, nicht mit der Scheidungsklage zu beschäftigen hatte, nicht von Amts wegen zugestellt werden muß, dagegen sind für die hier vertretene Ansicht zu verwerten die Urteile des Reichsger. v. 8. Januar 1894 u. 18. Oktober 1897 (Entsch. d. Reichsger. Bd. 32 S. 417 u. Bd. 40 S. 357). OLG. München 16. Dezember 1904 N 915/03. W.

---

## Oberlandesgericht Zweibrücken.

**Wann beginnt für den auf mehr als die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils zum Nacherben berufenen Pflichtteilsberechtigten, der seinen Pflichtteil verlangen will, die Frist zur Ausschlagung der Erbschaft?** (§ 2306 Abs. 2 BGB.).

I. Die Tochter verlangt vom Vater den Pflichtteil aus dem Nachlasse der Mutter und die Errichtung eines notariellen Nachlaßverzeichnisses zu seiner Feststellung. Der Klage liegen folgende Vorgänge zugrunde: Der Beklagte und seine im Februar 1903 verstorbene Frau hatten 1901 einen Erbvertrag geschlossen, worin sie sich gegenseitig zu Alleinerben einsetzten und bestimmten, daß nach dem Tode des — ausdrücklich als „Vorerbe" eingesetzten — überlebenden Gatten der beiderseitige Nachlaß zu gleichen Teilen an die gemeinschaftlichen Kinder als Nacherben fallen solle. Am 28. Februar 1903 wurde der Vertrag eröffnet und verkündet. Am 7. Mai 1903 übergab die Klägerin dem Nachlaßgerichte ein mit der Beglaubigung der Unterschrift versehenes Schriftstück des Inhalts, daß sie die Erbeinsetzung auf Grund der letztwilligen Verfügung von 1901 ausschlage und den Pflichtteil begehre, für den Fall aber, daß angenommen werde, die Frist zur Ausschlagung sei schon abgelaufen, die durch Unterlassung der Ausschlagung erfolgte Annahme der Erbschaft wegen Irrtums und arglistiger Täuschung anfechte. Der Beklagte, der die Klage mit der Aufstellung bekämpfte, daß die Klägerin die durch § 2306 BGB. bestimmte Frist zur Ausschlagung habe verstreichen lassen und daher jetzt den Pflichtteil nicht mehr beanspruchen könne, wurde vom Landgerichte mit der Begründung, daß die Frist zur Ausschlagung der Erbschaft für die Klägerin noch gar nicht zu laufen begonnen habe, der Pflichtteilsanspruch also auch nicht verwirkt sei, nach dem Klagantrage verurteilt.

II. Die Berufung des Beklagten bezweckt Abweisung der Klage. Die Klägerin begehrt Zurückweisung der Berufung. Dabei hat sie — mit Zustimmung des Gegners — den auf Leistung gerichteten Klagantrag in den entsprechenden Feststellungsantrag geändert. Die Berufung ist zurückgewiesen, das Urteil dem neuen Klagantrag gemäß geändert. Die Gründe besagen, nachdem sie auf die Bestimmungen der §§ 2306, 1944, 1946, 1943 BGB. verwiesen haben, im wesentlichen folgendes: „Die entscheidende Frage ist, wann der als Nacherbe eingesetzte Pflichtteilsberechtigte, wenn er seinen Pflichtteil verlangen will, die Erbschaft ausschlagen kann. Im allgemeinen gelten hinsichtlich der Ausschlagung für den Nacherben dieselben Grundsätze wie für den Erben. Auch er kann vom Anfalle der Erbschaft an ausschlagen und auch für ihn beginnt die sechswöchige Frist des § 1944 mit dem Zeitpunkte seiner Kenntnis vom Anfall der Erbschaft und dem Grunde seiner Berufung. Da ihm die Erbschaft aber erst mit dem Eintritte der Nacherbfolge anfällt, so beginnt die Frist für ihn nicht vor dem Wegfall des Vorerben. Das Gesetz hat ihm aber, abweichend von dem Grundsatz, daß eine Ausschlagung erst mit dem Anfalle der Erbschaft statthaben kann, in § 2142 die Möglichkeit gegeben, die Erbschaft schon mit Eintritt des Erbfalls, also schon mit der Berufung des Vorerben auszuschlagen, ohne daß hierdurch die Regelung der Ausschlagungsfrist berührt würde (Meischeider, Letztw. Verf. S. 279 ff.). Es fragt sich, ob und inwiefern sich hieran im Fall des § 2306 BGB. etwas ändert.

Der Berufungskläger vertritt unter Bezugnahme auf ein Urteil des OLG. Naumburg vom 24. März 1902 (Rspr. d. OLG. V S. 359) die Ansicht, daß die Be-

stimmung des Abs. 1 über den Lauf der Frist eine Ausnahme auch für den Nacherben begründe, so daß auch für ihn ihr Lauf mit der Kenntnis von der Beschränkung beginne. Zum gleichen Ergebnis, nur mit anderer Begründung, kommt die in der D. Jur.Ztg. 1903 S. 364 entwickelte Ansicht, daß für den Fall des § 2306 der Nacherbe durch das Gesetz „aus der Stellung als Nacherbe herausgedrängt und ihm die eines zum Erben mit einer Beschränkung Eingesetzten gegeben sei“ mit der Wirkung, daß für ihn die Ausschlagungsfrist des Erben laufe.

Das Gericht kann dieser Auffassung nicht beitreten. 1. Zunächst hat sie in der Fassung des Gesetzes keinen hinreichenden Anhalt. Durch Abs. 2 des § 2306 ist nur ausgesprochen, daß dem als Nacherbe auf mehr als die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils eingesetzten Pflichtteilsberechtigten für den Fall des Abs. 1 die nämlichen Möglichkeiten wie einem in anderer Weise beschränkten oder beschwerten Erben offen stehen sollen, insbesondere also den Pflichtteil zu verlangen, wenn er die Erbschaft ausschlägt; auch für ihn gilt, daß die Ausschlagungsfrist jedenfalls nicht vor erlangter Kenntnis von der ihn treffenden Beschränkung läuft. Mehr aber als den Zeitpunkt zu bestimmen, von dem an frühestens diese Frist laufe, war nicht Zweck des § 2306 Abs. 1, soweit er von der Ausschlagung handelt. Ueber deren Begriff und Form und über die Dauer der Frist enthält er nichts, beläßt es also bei den allgemeinen Bestimmungen der §§ 1944 ff. Nun war für die den Beginn der Frist betreffende Ausnahme im § 2306 nur die Erwägung maßgebend, daß der Erbe vor der Kenntnis von den fraglichen Verfügungen billigerweise zu keiner Entschließung genötigt werden könne. Diese Rücksicht fiel gegenüber dem Nacherben weg, für den jene Frist vor dem Eintritte der Nacherbfolge gar nicht zu laufen begann. Nach der Ansicht, welche die Bemessung der Frist nach Abs. 1 des § 2306 auch für den Nacherben als maßgebend erachtet, hätte der Gesetzgeber den Erben durch Hinausschiebung des Beginns der Frist begünstigt, den Nacherben dagegen durch Einengung der ihm sonst zukommenden Ausschlagungsfrist beeinträchtigt. Für die Annahme einer solchen Beeinträchtigung spricht weder die Fassung des Gesetzes noch ein innerer Grund. Es wäre nicht einzusehen, weshalb der Vorerbe im Falle des § 2306 durch das Erfordernis einer vorzeitigen Entschließung über Annahme oder Ausschlagung der Nacherbfolge günstiger gestellt sein sollte als in den übrigen Fällen der Einsetzung eines Nacherben. Auch bei der Annahme, aus § 2306 lasse sich eine Einschränkung der Ausschlagungsbefugnis des als Nacherbe eingesetzten Pflichtteilsberechtigten nicht rechtfertigen, ist der Wirkung dieser Ausschlagung auf das Pflichtteilsrecht doch durch die Bestimmung über Verjährung des Pflichtteilsanspruchs in § 2332 Abs. 1 und 3 eine zeitliche Grenze gezogen. 2. Die Berufung des Beklagten auf § 2307 BGB. ist nicht geeignet, seine Auslegung des § 2306 zu stützen: sie liefert eher ein Argument für die entgegengesetzte Ansicht. Eine Frist zur Annahme oder Ausschlagung eines Vermächtnisses hat das Gesetz nicht bestimmt; der Fall der Einsetzung eines Nacherben hat insofern eine gewisse Aehnlichkeit, als für den Nacherben keine Ausschlagungsfrist läuft, solange der Vorerbe im Besitze der Erbschaft ist. Es hätte nahegelegen, dem Vorerben dieselbe Rücksicht wie dem mit einem Vermächtnis beschwerten Erben zuteil werden zu lassen und für ihn eine Bestimmung ähnlichen Inhalts zu schaffen; eine solche war bei der II. Lesung des Entwurfs zum BGB. vorgeschlagen, aber abgelehnt worden. Wenn auch für den Nacherben im Fall des § 2306 die Ausschlagungsfrist schon mit der Kenntnis von der Beschränkung in Lauf käme, so ergäbe sich daraus die schwerlich vom Gesetze gewollte Folge, daß der pflichtteilsberechtigte Nacherbe im Gegensatz zu den übrigen Nacherben — wenn er sich entschließt, den Pflichtteil nicht zu verlangen — nach Ablauf von sechs Wochen, nachdem er von seiner Einsetzung als Nacherbe erfahren, außerstande wäre, sich dem Antritt der Nacherbschaft zu entziehen. 3. Aus der Geschichte des § 2306 ergibt sich, daß er die Grundsätze für das Ausschlagungsrecht des Nacherben nicht ändern sollte, und daß man die Folgerung gezogen und gebilligt hat, daß eine Ausschlagungsfrist, solange der Fall der Nacherbfolge nicht eingetreten, auch im Falle von § 2306 gar nicht in Lauf komme. In § 2030 Abs. 1 und 2 E. I war im wesentlichen übereinstimmend mit § 1944 des Gesetzes die Bestimmung über die Ausschlagungsfrist und deren Beginn enthalten. § 1981 Abs. 2 E. I. bestimmte, daß der Pflichtteilsberechtigte, wenn er als Erbe durch Einsetzung eines Vor- oder Nacherben usw. beschränkt sei, den Pflichtteil unter Ausschlagung der Erbschaft verlangen könne. § 2304 E. I enthielt die auf § 1981 bezügliche besondere Vorschrift, daß wenn der Pflichtteilsberechtigte als Erbe beschränkt oder beschwert sei, die Ausschlagungsfrist erst beginne, nachdem er von der Beschränkung usw. Kenntnis erlangt habe. § 1804 des E. I enthielt die dem § 2139 des Gesetzes entsprechende Bestimmung, daß der Erbfall für den Nacherben erst eintrete, wenn der Vorerbe aufgehört habe, Erbe zu sein. Nach § 1832 Abs. 2 E. I, nunmehr § 2142 BGB. sollte die Ausschlagung der Nacherbschaft erfolgen können, sobald die Erbschaft dem Vorerben angefallen sei. Die Motive (V S. 121) begründen dies damit, daß die Vorschrift von § 2030 Abs. 2 mit § 2034 im Hinblick auf § 1981 für den Pflichtteilsberechtigten zu Härten führen würde, da dieser, wenn ihm die Ausschlagung erst nach Eintritt der Nacherbfolge gestattet wäre, den Pflichtteil nach § 1981 nicht beanspruchen könnte, und daß ihm deshalb die Ausschlagungsbefugnis in Abweichung von § 2033 — der die ins Gesetz nicht aufgenommene Bestimmung enthielt, daß die Erbschaft nicht vor Beginn der Ausschlagungsfrist angenommen oder ausgeschlagen werden könne — beizulegen sei, sobald die Erbschaft dem Vorerben zugefallen sei. S. auch Mot. zu § 2034 E. I (Bd. V S. 504 f.). — In der Kommission für die II. Lesung (Mugd. Mat. V 771)[1]) wurde zu § 1891 beantragt, durch eine besondere Bestimmung — § 1981 a Abs. 2 — den Vorerben zu ermächtigen, dem Pflichtteilsberechtigten zur Ausschlagung eine der Ausschlagungsfrist gleichkommende Frist mit der Wirkung zu bestimmen, daß der Pflichtteilsanspruch ausgeschlossen sein solle, wenn die Ausschlagung nicht innerhalb der Frist erfolge; es wurde darauf hingewiesen, es sei mißlich, daß dem auf mehr als die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils zum Nacherben Berufenen *keine zeitliche Schranke für die Ausschlagung gesetzt sei*, der Vorerbe mithin niemals wissen könne, ob es zur Nacherbschaft kommen oder ob der Nacherbe die Nacherbschaft ausschlagen und den Pflichtteil verlangen werde. Der Antrag wurde von der Kommission abgelehnt, indem sie unter anderm erwog, die Rechtsunsicherheit, die daraus entstehen könne, daß der Vorerbe nicht wisse, ob der Nacherbe ausschlagen werde, und *daß die Ausschlagungsfrist keiner festen zeitlichen Schranke unterworfen sei*, falle — gerade für den Hauptfall, wenn der überlebende Gatte Vorerbe und die Kinder Nacherben sind (wird weiter ausgeführt) — den Vorteilen gegenüber nicht ins Gewicht. Uebrigens enthielt schon E. I in § 1999 für die Verjährung des Pflichtteilsanspruchs im wesentlichen dieselben Bestimmungen wie § 2332 des Gesetzes. — Die §§ 1981 und 2034 des E. I wurden dann, mit einigen hier nicht interessierenden Abänderungen, in § 2306 Abs. 1 und 2 des Gesetzes zusammengefaßt. Die Ausschlagungsfrist für die Klägerin hat mithin noch nicht zu laufen begonnen — vgl. Urt. d. Kammerger. vom 9. Mai 1902 in Rspr. d. OLG. V S. 234 — und die

[1]) Guttentagsche Ausgabe V S. 514.

**von der Klägerin am 7. Mai 1903 erklärte Ausschlagung der Nacherbfolge ist zulässig und wirksam; der Beklagte ist daher nach § 2314 BGB. verpflichtet, dem Klagebegehren zu genügen.** — (Urt. d. K. OLG. Zweibrücken (II. Senat) vom 18. Mai 1904.)

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Lunglmayr in Zweibrücken.

---

## Oberlandesgericht Augsburg.

**Voraussetzungen der Klagserhebung.** Gegen Karl G. wurde auf Grund des § 3 Ziff. 1 des Anfechtungsgesetzes wegen einer zugunsten seines Vaters Michael G. vorgenommenen Rechtshandlung Klage zum K. Landgerichte Augsburg erhoben. Diese Klage, in deren Rubrum auch Michael G. als Gegner des Klägers Johann L. bezeichnet ist, ist am gleichen Tage, nämlich am 21. Januar 1904, nicht bloß dem Karl G., sondern auch dem Michael G. zugestellt worden, trotzdem an ihrem Schlusse erklärt ist, daß nach Auftrag des Johann L. Klage gegen Karl G. erhoben, der Beklagte, nicht die Beklagten, zur mündlichen Verhandlung in die bestimmte Sitzung geladen, und zur Aufstellung eines Anwalts aufgefordert werde, und trotzdem hieran der Antrag gereiht ist, den Beklagten zu verurteilen. Dieser Widerspruch ist nach Klagszustellung dahin aufgeklärt worden, daß klägerischer Anwalt in einer dem Michael G. am 10. Februar 1904 zugestellten Streitverkündung erklärt hat, Michael G. sei in der Klage lediglich in der Absicht mitaufgeführt worden, ihm den Streit zu verkünden, und übersehen worden, die Streitverkündung der Klageschrift sofort am Schlusse beizufügen. Gleichwohl beantragte im Verhandlungstermin am 26. Februar 1904 Rechtsanwalt F. für Michael G. die kostenfällige Abweisung der Klage, dementsprechend auch das K. Landgericht am 11. März 1904 ein Teilurteil dahin verkündete, daß Kläger Johann L. mit der Klage in der Richtung gegen Michael G. angebrachtermaßen abgewiesen werde und die durch diese Klage erwachsenen besonderen Kosten zu tragen habe. Auf eingelegte Berufung hat jedoch das K. Oberlandesgericht Augsburg II. Zivilsenat mit Urteil vom 28. Mai 1904 jenes Urteil aufgehoben, den Antrag des Michael G. auf Abweisung der Klage abgewiesen und Michael G. in die durch diesen Antrag veranlaßten Kosten, sowie in diejenigen der Berufungsinstanz verurteilt. Und zwar ist das Urteil des Berufungsgerichts im wesentlichen, wie folgt, begründet: Die Anschauung des Erstrichters, daß durch die Einreichung der Klage bei Gericht und durch die Zustellung derselben an den als Beklagten bezeichneten Michael G. ein Rechtsstreit bei Gericht eingeleitet worden sei, der seine Erledigung durch Zurücknahme oder Urteil finden müsse, sowie daß die mangels der Ladung und des Antrags nicht ordnungsmäßige Klage zwar keine sachliche Würdigung des erhobenen Anspruchs zur Folge habe, jedoch in der angebrachten Art zurückgewiesen werden müsse, findet weder in der CPO. noch in den Kommentaren zu solcher für einen Fall der vorliegenden Art ihre Rechtfertigung. Klage ist das von einer Partei an das Gericht gestellte Verlangen eines Urteils, bzw. die prozessuale Willenserklärung, durch welche der angreifende Teil sein Begehren an das Gericht bringt (Seuffert und Gaupp zu § 253 CPO.). Wie sieht aber das Begehren des Johann L. gegen Michael G. aus? Ersterer erhebt Klage gegen Karl G., ladet diesen zur Verhandlung, und reiht hieran den Antrag, zu erkennen, der Beklagte (d. i. Karl G.) ist schuldig ꝛc.; auch lautet der damit verbundene Eventualantrag dahin, zu erkennen, der Beklagte ist schuldig ꝛc. Dagegen ist des Michael G. als Beklagten mit keinem Worte Erwähnung getan, und vom Anwalte desselben schon in erster Instanz zugegeben worden, daß die Klage gegen ihn keinen Antrag und keine Ladung enthalte. Unter diesen Umständen erscheint es unwesentlich, daß das keinen Bestandteil der Klage nach § 253 CPO. bildende Rubrum derselben auch den Michael G. als Gegner des Klägers bezeichnet, als welcher er in der Tat insoweit in Betracht kommt, als er der ursprüngliche Schuldner des Klägers ist. Läßt doch der übrige Inhalt der Klageschrift jedem Leser keinen Zweifel, daß die Fassung des Rubrums nur auf einem Versehen beruhte! Auch hat klägerischer Anwalt nicht bloß in der Streitverkündung vom 8. Februar 1904, sondern auch in der Verhandlung beider Instanzen wiederholt aufgeklärt, daß die Aufführung des Michael G. im Rubrum der Klage auf einem Versehen beruhe. Es ist also nicht an dem, daß Johann L. eine prozessuale Willenserklärung abgegeben hat, durch die er ein Klagsbegehren gegen Michael G. an das Gericht brachte oder bringen wollte. Vielmehr hat er das Gegenteil zum Ausdrucke gebracht, infolgedessen es sich nicht etwa um eine nur mangelhafte Klage handelt, die nach Petersen 4. Aufl. Bd. 1 S. 506, Seuffert 8. Aufl. Bd. 1 S. 355 usw. auf Grund des § 300 CPO. entsprechend dem Antrage des Beklagten angebrachtermaßen abzuweisen ist, sondern angenommen werden muß, daß eine Klage gegen Michael G. überhaupt nicht vorliegt. In der Tat haben alle Kommentare nur den Fall im Auge, daß eine mangelhafte Klage eingereicht ist, wie z. B. Petersen sich dahin ausdrückt, daß absolutio ab instantia dann einzutreten habe, wenn der Klage eine nach § 253 Abs. 2 Ziff. 1—3 vorgeschriebene Angabe fehle; ja es gehen sogar die Erörterungen in Gruchots Beiträgen Bd. 31 S. 27 so weit, daß sie mangels der Ladung einen richterlichen Ausspruch dahin veranlaßt finden, es könne nicht weiter verhandelt werden! Auch erscheint es gleichgültig, daß der Klageschriftsatz nicht bloß dem wirklichen Beklagten Karl G., sondern auch den Michael G. zugestellt wurde. Denn damit erlangt dieser Schriftsatz, der nur eine Klage gegen Karl G. war und sein sollte, nicht auch die Eigenschaft einer solchen gegen Michael G., dem sie nur zur Kenntnisnahme zugestellt werden wollte. Liegt aber gegen Michael G. eine Klage gar nicht vor, so konnte Erstrichter auch nicht dazu kommen, die nicht angebrachte Klage angebrachtermaßen abzuweisen, sondern er mußte dem hierauf gerichteten Antrage des Michael G. die Zurückweisung bedeuten, und ihm als unterlegenen Teil nach § 91 Abs. 1 CPO. die durch solchen Antrag verursachten Kosten überbürden. Denn ohne die Rechtshängigkeit kann ein Anspruch des Beklagten auf richterliche Entscheidung über den Klagsanspruch oder über die Kosten nicht anders bestehen, als in Gestalt einer neuen selbständigen Klage, oder mit anderen Worten, ohne diese Rechtshängigkeit gibt es keinen Rechtsstreit, und keinen Beklagten (vgl. Beschl. des Kammer-Ger. vom 15. Dezember 1902 in der „Rechtsprechung der Oberlandesgerichte" von Mugdan und Falkmann Bd. 6 S. 426). Insbesondere verdient der Einwand, daß sich Michel G. gegen die ihm zugestellte Klage habe wehren müssen, und deshalb verlangen könne, daß über die Kosten entschieden werde, die auf seinen Gang zum Anwalte und auf die Prozeßgebühr des letzteren erwachsen seien, keine Beachtung. Denn es muß dem Michael G. entgegengehalten werden, daß er auch als Laie, wenn er nicht des Lesens unkundig ist, bei nur einigermaßen aufmerksamer Durchlesung des Schriftstückes sofort sich davon überzeugen konnte, daß nur gegen seinen Sohn Karl Klage erhoben worden ist. Allein auch angenommen, es sei ihm wegen des in der fehlerhaften Fassung des Rubrums liegenden Verschuldens des Klägers ein Schadensersatzanspruch gegen diesen erwachsen, so konnte er diesen nicht im gegenwärtigen Prozesse, sondern, wie schon oben hervorgehoben wurde, nur mittels besonderer Klage bei dem für diese zuständigen Richter geltend machen; auch könnte mit ihr,

nebenbei bemerkt, nicht der Ersatz einer Prozeßgebühr, sondern nur diejenige Gebühr gefordert werden, die in § 47 Abs. 1 RAGO. vorgesehen ist.

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Donle in Augsburg.

## Landgericht München I.

**Ist die Gerichtsschreiberei verpflichtet, dem Gläubiger aus dem Verzeichnis der Schuldner, die den Offenbarungseid geleistet haben, schriftliche Auskunft, bezw. eine Abschrift des bezüglichen Eintrages auf seine Kosten zu erteilen?** Diese für die Praxis wichtige und angesichts des § 915 CPO., dessen Wortlaut lediglich die Einsicht des Verzeichnisses gestattet, bestrittene Frage wurde durch Beschluß des K. Amtsgerichtes München verneint. Auf eingelegte Beschwerde bejahte sie das Landgericht München I bezüglich des mit Vollstreckungstitel versehenen Gläubigers und des Rechtes, eine Abschrift des Eintrags zu verlangen, mit nachfolgender Begründung: „Was die sachliche Würdigung anlangt, so ist die Gerichtsschreiberei in keinem Falle als verpflichtet zu erachten, Auskünfte aus dem nach § 915 CPO. angelegten Verzeichnisse derjenigen, welche den Offenbarungseid geleistet haben, zu geben, da sie zur Erteilung von Auskünften, durch welche unter Umständen die Gebührenentrichtung umgangen werden könnte, überhaupt nicht verpflichtet ist. Die weitere Frage, ob jede beliebige Person, der nach § 915, III CPO. die Einsicht des erwähnten Verzeichnisses gestattet ist, auch berechtigt sei, eine Abschrift von den Eintragungen des Verzeichnisses zu fordern, wie dies z. B. für das Vereinsregister in § 79 und für das Güterrechtsregister in § 1563 BGB. ausdrücklich bestimmt ist, kann hier unerörtert bleiben. Denn es handelt sich im vorliegenden Falle nicht um eine solche beliebige Person, sondern um einen mit einem Vollstreckungstitel gegen denjenigen, hinsichtlich dessen die Abschrift der Eintragung verlangt wird, versehenen Gläubiger. Nach § 299 CPO. können die Parteien von den Prozeßakten Einsicht nehmen und sich aus denselben durch den Gerichtsschreiber Ausfertigungen, Auszüge und Abschriften erteilen lassen. Wenn man das erwähnte Verzeichnis als Akt bezw. als Bestandteil eines Aktes im Sinne dieser Gesetzesstelle erachtet, wie etwa das Mahnregister, so erschien die gläubigerische Firma als Partei im damals noch schwebenden Offenbarungseidesverfahren schon auf Grund des § 299 CPO. berechtigt, eine solche Abschrift, wie sie von ihr begehrt wird, zu verlangen. Wenn man aber diesen Standpunkt nicht teilt, so muß dem mit Vollstreckungstitel gegen den Schuldner versehenen Gläubiger jedenfalls nach § 792 CPO. diese Abschrift erteilt werden. Denn es unterliegt nach dieser Gesetzesstelle wohl keinem Zweifel, daß der Schuldner berechtigt wäre, gleich wie eine Abschrift des Protokolls über den von ihm geleisteten Offenbarungseid, so auch eine Abschrift der bezüglichen Stelle des obenerwähnten nach § 915 CPO. angelegten Verzeichnisses zu begehren, was unter Umständen für ihn von Wichtigkeit sein kann. Demgemäß kann nach § 792 CPO. auch der Gläubiger, der einen Vollstreckungstitel gegen den betreffenden Schuldner in Händen hat, an Stelle dieses Schuldners dessen Rechte ausüben. Hiernach erscheint die erstrichterliche Entscheidung in der Richtung gegen die Firma, auf welche die Voraussetzungen des § 792 CPO. zutreffen, nicht gerechtfertigt. Vielmehr hätte die Gerichtsschreiberei des K. Amtsgerichts München I, Abt. f. CS., dem prozeßbevollmächtigten Vertreter der Firma die begehrte Abschrift der Eintragung im erwähnten Verzeichnisse auf Kosten der Firma erteilen müssen. Es war deshalb der angefochtene Beschluß aufzuheben und in Anwendung der §§ 576, 567 ff., 573, 574 CPO. an dessen Stelle zu beschließen, wie geschehen.“ (Beschluß vom 4. Januar 1904, Beschw.-Reg.-Nr. 753/03 VII.) K.

## Aus der Praxis des bayer. Verwaltungsgerichtshofs.

Die elfte und zwölfte Lieferung des XXV. Bandes der Samml. v. Entsch. des Verw.Ger.H. bringt auf S. 408 ein sehr interessantes Erkenntnis vom 15. Juli 1904, das sich mit der Frage der Verjährung von Kirchtrachten befaßt. Der Verw.Ger.H. spricht sich hier dahin aus, daß die Verjährung von Kirchtrachten, welche vom 1. Januar 1904 an fällig geworden sind, sich nicht nach den Bestimmungen in Art. 122, 124 mit 126 des AG. z. BGB., sondern vielmehr nach den sinngemäß anzuwendenden Vorschriften des BGB., insbesondere nach den §§ 197 und 201 bemißt. Zugleich wird in der genannten Entscheidung der bereits früher anerkannte Satz wiederholt, daß auf die Verjährung von Kirchtrachten, die vor dem 1. Januar 1900 fällig geworden sind, die Vorschriften des Gesetzes vom 26. März 1859 über die Verjährungsfristen in Verbindung mit der Uebergangsbestimmung des Art. 169 des EG. z. BGB. zur Anwendung kommen. Die Anwendbarkeit des Art. 122 des AG. z. BGB. wird um deswillen abgelehnt, weil Kirchtrachten nicht, wie diese Gesetzesstelle verlangt, derart an dem Grundstücke haften, daß sie von dem letzteren entrichtet werden, vielmehr ihrem Wesen nach persönliche im Pfarrverbande wurzelnde Leistungen darstellen, die lediglich mit Rücksicht auf Haus- und Grundbesitz geschuldet werden. Der Ausschluß des Art. 124 mit 126 des AG. z. BGB. für den vorliegenden Fall aber wird damit begründet, daß diese Gesetzesvorschrift lediglich die Stolgebühren trifft, Kirchtrachten aber nicht unter die Stolgebühren fallen, weil sie nicht erst anläßlich besonderer dem Pflichtigen gegenüber vorgenommener Amtshandlungen fällig werden, mithin des Gebührencharakters entbehren.

Mitgeteilt von Dr. Schanz, Hilfsarbeiter im Staatsministerium der Justiz.

## Aus den amtlichen Blättern.

**Gesetz- und Verordnungsblatt:** Nr. 1 vom 3. Januar 1905. Bek., die Herausgabe eines gemeinsch. Amtsbl. für die K. St.M. des K. Hauses und des Aeußern und des Innern betr. (Die amtl. Bek. des K. St.M. des K. Hauses und des Aeußern erscheinen vom 1. Januar 1905 an im Amtsbl. des K. St.M. des Innern; dieses erhält die Bezeichnung: „Amtsbl. der K. St.M. des K. Hauses und des Aeußern und des Innern; der Abnahmepreis bleibt der gleiche wie bisher beim Amtsbl. des St.M. des Innern; die für 1905 erfolgten Bestellungen dieses Blattes bleiben für das gemeinsch. Blatt in Geltung). — Nr. 2 vom 9. Januar 1905. Bek., die Hinterlegungsstelle in Kaiserslautern betr. (Die gemeinsch. Hinterlegungsstelle für Kaiserslautern, Otterberg und Winnweiler in Kaiserslautern wird vom 1. Februar 1905 an aufgehoben; in Otterberg und Winnweiler werden Hinterlegungsstellen errichtet; die Besorgung des Hinterlegungswesens für Kaiserslautern wird der K. Bank übertragen).

## Literatur.

**Schad, Dr. Karl,** K. Notar in Memmingen. Gesetz betr. das Nachlaßwesen nebst den §§ 86—99 des RG. über die Angel. der freiw. Gerichtsb. vom 17. Mai 1898. München 1904, J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). Gebd. Mk. 6.—

Den bayerischen Nachlaßgerichten hat die völlige Umgestaltung der Nachlaßbehandlung, die mit dem 1. Januar 1900 eintrat, große Schwierigkeiten gemacht. Sie vermochten sich nur sehr schwer in das neue Recht zu finden. Als dann im Herbst 1902 die bayerische Landesgesetzgebung eingriff und eine — wenn auch nur teilweise — Rückkehr zum früheren Rechtszustand anordnete, wurde die Verwirrung mancher Richter noch gesteigert. Viele Gerichte entnahmen dem Gesetz einen Anlaß, sich sozusagen die Vormundschaft über die Erben anzumaßen und die

Liquidation der Erbschaften von Amts wegen in die Hand zu nehmen, insbesondere aber die Gläubiger, Vermächtnisnehmer und Pflichtteilsberechtigten in das Verfahren hereinzuziehen. Allmählich dringt die Erkenntnis der Grenzen durch, die der Tätigkeit der Nachlaßgerichte gezogen sind, und an denen auch das Gesetz vom 9. August 1902 nichts Wesentliches geändert hat. Das mit großer Sorgfalt gearbeitete Buch von Schad wird dazu dienen, noch weitere Klarheit zu verbreiten. Es behandelt nicht nur das Nachlaßgesetz, sondern auch — mit besonderer Ausführlichkeit — die §§ 86—99 GFG.; die Erläuterungen zu diesen sind dem Art. 7 des Gesetzes angefügt. Im Anhang sind die einschlägigen Bestimmungen des Gebührengesetzes, des Erbschaftssteuergesetzes und die sämtlichen Vollzugsvorschriften abgedruckt. Die Erläuterungen hat der Verfasser in sehr übersichtlicher Weise in größere Abschnitte gegliedert, denen Ueberschriften vorgedruckt sind. Zu allen Einzelfragen ist Stellung genommen. von der Pfordten.

**Auer, Dr. Fritz**, Rechtspraktikant in München. Zur Psychologie der Gefangenschaft, Untersuchungshaft, Gefängnis- und Zuchthausstrafe, geschildert von Entlassenen. München 1905, C. H. Beck. Brosch. Mk. 1.50

In dem Ausschreiben, durch das der Verfasser um Einsendung von Berichten über die Einwirkungen erlittener Gefangenschaft ersuchte, war hervorgehoben, daß es sich um den Versuch eines durchaus wissenschaftlichen und ideellen Unternehmens handle. Die gute Absicht soll nicht bezweifelt werden; wenn der Verfasser aber das fertige Werk als einen Beitrag zur Reform der Voruntersuchung und des Strafvollzugs bezeichnet, so offenbart sich hierin die glückliche Ueberschätzung des Selbstgefundenen und Selbstgeschaffenen, die nun einmal der Jugend eigen ist. Das Buch bietet für jeden, der mit den einschlägigen Fragen auch nur einigermaßen vertraut ist, durchaus nichts Neues. Es enthält 29 Berichte, 10 über Untersuchungshaft, 12 über Gefängnisstrafen, 7 über Zuchthausstrafen. Die Berichte stammen von Leuten aus verschiedenen Ständen, durchwegs von intelligenten und strebsamen Leuten, die sich insbesondere über den hemmenden Einfluß der Strafe auf ihr wirtschaftliches Fortkommen beklagen. Solche Klagen sind völlig berechtigt; in dieser Richtung wird aber, so sehr das zu bedauern ist, wohl keine Strafrechtsreform etwas zu ändern vermögen. Man mag bei der Strafe den Vergeltungszweck oder den Sicherungszweck voranstellen: immer wird, wenn es sich um einen Vergleich handelt, bei sonst gleichen Voraussetzungen die erfolgte Bestrafung ungünstig in die Wagschale fallen. Das sind Werturteile der Gesellschaft, die hierin keine Vorschriften anerkennt. Einige Abhilfe könnte geschaffen werden durch die reichlichere Verwendung einer Freiheitsstrafe, der prinzipiell kein entehrender Charakter anhaftet. Unsere regelmäßige Freiheitsstrafe, die Gefängnisstrafe, entspricht dieser Anforderung nicht; es kann neben ihr auf Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte, Stellung unter Polizeiaufsicht, Ueberweisung an die Landespolizeibehörde erkannt werden, lauter Maßnahmen, die eine starke Minderung der Rechtsstellung enthalten. Auch mit der Haftstrafe kann Ueberweisung an die Landespolizeibehörde verbunden werden. Eine Freiheitsstrafe, die nur für Gelegenheitsverfehlungen, aus denen nicht auf ethische Mängel, namentlich nicht auf ehrlose Gesinnung zu schließen ist, zu verhängen und in strenger Scheidung von anderen Freiheitsstrafen zu vollstrecken wäre, würde die ungünstigen Nachwirkungen in gleicher Weise einschränken, wie sie bei der Festungsstrafe und der Geldstrafe jetzt schon eingeschränkt sind. Die von Auer zusammengestellten Berichte befassen sich mit dieser Frage nur in ganz geringem Maße, ein Zeichen, daß über das Wesen der Sache geringe Klarheit vorhanden ist. Dazu stimmt auch, daß die Berichterstatter in der Regel erklären, aus Mißmut über die Bestrafung Sozialdemokraten geworden zu sein — als ob der sozialistische Staat des Strafrechts entraten könnte! Prüft man dann die Schilderungen auf ihren eigentlichen Inhalt, die Darstellung der Empfindungen, die durch die Freiheitsentziehung ausgelöst werden, so fällt mit überraschender Deutlichkeit der Widerspruch zwischen den verschiedenen Berichten ins Auge. In dem einen wird die Einzelhaft, im anderen die Gemeinschaftshaft als unerträglich und nachteilig bezeichnet; hier wird behauptet, daß Reue und Besserungsvorsätze lebendig geworden seien, dort wird es bestritten; der eine hat lebhafte Sehnsucht nach seiner Familie gehabt, der andere erklärt, der Familiensinn sei abgestumpft worden; der eine hat in der Religion Trost gefunden, der andere nicht; dem einen war die zugewiesene Arbeit recht, dem anderen entsetzlich; den Klagen über schlechte und unzulängliche Kost stehen Anerkennungen gegenüber; das Gleiche gilt von den Räumen, in denen die Strafen vollstreckt worden sind; am allerweitesten gehen die Urteile über die Behandlung durch die Vorgesetzten und das Aufsichtspersonal auseinander. Das ist das Ergebnis bei 29 Berichten von Leuten annähernd gleichen Charakters und nicht allzu erheblichen Bildungsunterschieds, wobei noch angenommen sein soll, daß die Berichte durchwegs aufrichtig und zutreffend sind. Welche Reform soll nun darauf aufgebaut werden? Man kann sich dem Eindrucke nicht entziehen, daß da, wo der Strafvollzug richtig gehandhabt wird, auch jetzt schon zu begründeten Klagen wenig Anlaß besteht. Die neuen Anstalten entsprechen den hygienischen Anforderungen in weitgehendem Maße; auch die Kost der Gefangenen wird auf Grund ärztlicher Gutachten hergestellt; daß sie dem, der einen besseren Tisch gewöhnt ist, nicht zusagt, wird sich niemals ändern lassen, so lang es Freiheitsstrafen gibt. Auch in der Zuweisung von Arbeit werden nie alle Wünsche zu erfüllen sein. Gegen die Selbstbeköstigung und Selbstbeschäftigung der Gefangenen sprechen ebensoviel Gründe wie dafür. Stets wird die Freiheitsentziehung, sie sei wie sie wolle, von dem einen härter, von dem anderen leichter ertragen werden. Somit bleibt zum Schlusse nur der alte Gedanke: Men, not measures! Wird der Strafvollzug in die richtige Hand gelegt, erfüllen alle daran Beteiligten, vom Direktor bis zum Aufseher, ihre Pflicht, zu der insbesondere Gerechtigkeit und Menschlichkeit gehören, dann läßt sich die Härte, die mit der Strafe ja immer verbunden ist, in den meisten Fällen so weit ausgleichen, daß der einzelne nicht über Gebühr davon bedrückt wird. Von der Untersuchungshaft, die allerdings in weitergehendem Maße eine Differenzierung der davon Betroffenen verlangt, gilt das Gleiche. Das ist aber längst schon erkannt worden. Das Büchlein Auers ist eine ganz interessante Lektüre, es ist aber — und das in jedem Sinne des Wortes — nur von journalistischem Wert. Landgerichtsrat Rieß.

---

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, II. Staatsanwalt im K. Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

Nr. 4. | München, den 15. Februar 1905. | 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).



Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum, Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.



## Die nichtvalutierte Hypothek des bayerischen Rechts und ihre Umwandlung nach der Anlegung des Grundbuchs.

Von **Dr. A. Schürmer**, Kgl. Oberamtsrichter in München.

Die Hypothek ist bestellt und eingetragen worden, aber sie ist nicht valutiert, ein Gegenwert ist bis jetzt nicht gegeben worden. Ist diese der materiellen Unterlage vorerst entbehrende Hypothek in dem Zeitpunkt der rechtlichen Vollendung des Grundbuches ein bestehendes Pfandrecht im Sinne des Art. 192 Abs. I Satz 1 EG. z. BGB.? Kann sich diese Hypothek gemäß dieser Gesetzesstelle in eine Buchhypothek des neuen Rechts verwandeln? Die verneinende Antwort könnte so begründet werden: Die Hypothek ist kein selbständiges Recht, sie soll nur für die Erfüllung einer Forderung dem Gläubiger Realsicherheit bieten; die erste Voraussetzung, die die Entstehung einer Hypothek bedingt, ist eine Forderung, für die die Hypothek besteht, also ohne Forderung keine Hypothek. Diese Begründung erscheint aber in solcher Allgemeinheit ungenügend und unbefriedigend.[1] Die Frage, ob eine nicht valutierte Hypothek unter dem Gewand einer der im BGB. anerkannten Belastungsformen erhalten bleiben und als bestehendes Pfandrecht erachtet werden kann, läßt sich nicht abstrakt entscheiden; sie kann weder generell verneint noch unterschiedslos bejaht werden. Vgl. Fuchs, Grundbuchrecht Bd. I S. 524.

Zunächst muß dabei hervorgehoben werden, daß für die Entstehung der Hypothek, das Bestehen eines Pfandrechts, nur dasjenige Recht entscheidend sein kann, unter dessen Herrschaft die Hypothek durch Eintragung zur Entstehung gelangt sein soll. Ferner ist zu beachten, daß die Eintragung im Hypothekenbuch an sich noch keine formale Rechtskraft erzeugt, aus der Hypothekeintragung allein noch nicht das Bestehen eines Pfandrechts gefolgert werden darf, auch der Wortlaut der Eintragung, insbesondere der angegebene Schuldgrund, für das Bestehen eines Pfandrechts nicht ausschlaggebend ist. Demnach äußert auch eine falsche Bezeichnung der Forderung auf die Gültigkeit der Hypothek keinen schädlichen Einfluß, ist vielmehr insoweit bedeutungslos. Die Hypothek steht dem Gläubiger für diejenige Forderung zu, für die sie nach dem Willen der Vertragsgenossen bestellt werden sollte. Ist sie zur Sicherung eines baren Darlehens errichtet, eine Barzahlung aber nicht oder nur teilweise erfolgt, so kann schon mit Hilfe des § 133 BGB., wonach es auf den buchstäblichen Sinn des Ausdrucks nicht ankommt, die Unerheblichkeit der Differenz dargetan werden; im Geschäftsverkehr sind derartige Ungenauigkeiten üblich; das Gesetz aber kennt auch Darlehen im weiteren Sinne d. h. vereinbarte Darlehen (§ 607 Abs. II BGB.). Wer sich nach dieser Gesetzesbestimmung den für das Darlehen gegebenen Rechtsgrundsätzen unterwirft, kann zunächst nur die für das Bardarlehen gegebenen Normen im Auge haben und darum kann die Angabe eines baren Darlehens in der Hypothekbestellungsurkunde nicht als völlig unrichtig erklärt werden. (Entsch. d. Reichsger. Bd. 57 S. 320.) Ist überhaupt ein Darlehen nicht gegeben, ein Darlehensvertrag nicht geschlossen worden, so ist die als Darlehenshypothek eingetragene Hypothek doch noch zu Recht bestehend, wenn eine andere Schuldverbindlichkeit (Wechselschuld, Schadensersatzpflicht, Regreßverpflichtung usw.) hypothekarisch gesichert werden sollte und

---

[1]) Die Valutierungsfrage selbst ist mit Vorsicht zu behandeln; der Schuldner ist sofort geneigt, eine Hypothek als nicht valutiert zu bezeichnen und zu bemängeln, sobald er wegen der Auszahlung mit dem Gläubiger in Streit kommt; als Zahlung der Valuta muß auch ein Vorwegabzug der vertragsmäßigen Provision seitens des Gläubigers gelten; hierin liegt eine Aufrechnung des Provisionsanspruches gegen den Anspruch auf Hingabe der Darlehensvaluta. Eine andere Konstruktion s. im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 25 S. 62 ff. — Nußbaum, „Die Damnohypothek", wo als „Damno" der Abzug bezeichnet wird, der dem Geldgeber außer den Zinsen als Vergütung zufließt, wenn er dem Schuldner nicht den vollen Betrag der Hypothek hingibt.

nur falsa demonstratio vel denominatio causae vorliegt.

Ein bestehendes Pfandrecht ist weiterhin anzunehmen, solange ein gültiges Schuldanerkenntnis nach § 781 BGB. gegeben ist. Zweifellos ist die urkundliche Erklärung des Grundstückeigentümers, daß er seinem Gläubiger wegen eines Darlehens in bestimmter Höhe oder wegen einer mit dem Geldbetrage angegebenen Forderung aus einem anderen Rechtsgrund eine Hypothek bestellt und die Eintragung dieser Hypothek im Grundbuch bewilligt, nicht etwa bloß deklaratorisch und schuldbestärkend, sondern konstitutiv aufzufassen, daher ohne Rücksicht auf die allgemeine, unbestimmte, unvollständige oder fingierte Angabe des Verpflichtungsgrundes als Schuldanerkenntnis zu behandeln und als geeignete Grundlage einer Hypothek zu erachten. Hat außerdem der Eigentümer des Pfandobjekts sich in der Urkunde, wie es wohl regelmäßig der Fall ist, verpflichtet, den Schuldbetrag nach Maßgabe der vereinbarten Bedingungen dem Gläubiger zurückzuzahlen, dann sind auch die gesetzlichen Voraussetzungen eines Schuldversprechens nach § 780 BGB. erfüllt. Ein Hypothekbesteller, der als Gegenleistung dafür, daß der Gläubiger ihm eine bestimmte Summe z. B. zur Errichtung eines Neubaues sukzessive nach dem Fortschreiten des Baues zu geben verspricht, urkundlich erklärt, ein Darlehen in dieser Höhe erhalten zu haben und sich verpflichtet, diesen Betrag zu verzinsen und entsprechend zurückzuzahlen, hat ein selbständiges Schuldversprechen abgegeben, wodurch er sich dem anderen gegenüber ebenso verpflichtete, wie wenn er von ihm ein solches Darlehen erhalten hätte (Samml. oberstrichterl. Entsch. n. F. Bd. IV S. 420, 774).[1]

Solange das gültige Schuldanerkenntnis, das gültige Schuldversprechen infolge der konstituierenden Willensrichtung der Parteien mit dispositiver Kraft zu Recht besteht, solange steht auch der darauf beruhende Eintrag einer wenn auch buchmäßig auf ein Darlehen oder einen anderen Verpflichtungsgrund abgestellten und darauf gestützten Hypothek ohne Rücksicht auf die Valutierung immer noch mit der Wirklichkeit im Einklang und ist ein Grund zu einer zum Schutze persönlicher Rechte überhaupt unzulässigen Protestation nach § 27 des Hyp.Ges. oder zur Eigentumsfreiheits-Klage (künftig Eigentumsstörungsklage nach § 1004 BGB. in Gestalt der Grundbuchberichtigungsklage § 894 BGB.) für den Eigentümer des Pfandobjekts nicht gegeben. Eine solche Hypothek erscheint als bestehendes Pfandrecht gemäß Art. 192 Abs. I Satz 1 EG. z. BGB. Und das Pfandrecht besteht fort, wenn auch der Schuldner in der Lage oder gezwungen ist, Schuldanerkenntnis und Schuldversprechen im Wege des § 812 Abs. II BGB. zu entkräften.[1] Die Hypothek geht mit dieser kondiktionenrechtlichen Einrede behaftet in das neue Recht über, sie erhält mit diesem Mangel behaftet das Gepräge und Gewand einer Buchhypothek des BGB.

Aber auch abgesehen von Schuldanerkenntnis und Schuldversprechen, deren Unterstellung übrigens nur in Ansehung der vor dem Inkrafttreten des BGB. begründeten Hypotheken berechtigten Zweifeln begegnen könnte, muß die nicht valutierte Hypothek als bestehendes Pfandrecht, d. h. als landesrechtlich anerkanntes Pfandrecht angesehen und muß ihr mindestens beschränkte Selbständigkeit und pfandrechtliche Wirksamkeit zugesprochen werden. Weder die Ungewißheit des Betrages einer Forderung noch selbst die Ungewißheit ihrer Entstehung ist nach dem bisherigen Recht ein Hindernis für die sofortige hypothekarische Versicherung. Die Hypothek des bayerischen Rechts kann unbestrittenermaßen bestellt werden zur Sicherung wie für unbedingte so auch für bedingte, für fällige und betagte, für gegenwärtige und für zukünftige Forderungen; kann die Hypothek dafür bestellt werden, so kann sie auch dafür bestehen und pfandrechtliche Wirkungen äußern. Auch darüber besteht Einverständnis, daß, obschon die Ungültigkeit der Forderung Ungültigkeit des Pfandrechts bewirkt, ein nachträgliches Gültigwerden der Forderung Konvaleszenz der Hypothek von der Bestellung an bewirkt, daß also die für die ungültige Forderung eingetragene Hypothek mit der nachträglichen Gültigkeit der Forderung mit rückwirkender Kraft Rechtswirkung erlangt, wobei sich der Rang der Hypothek nach der Eintragung bestimmt.[2] Ein rechtlich wirkungsloses, der Umwandlung in die reichsrechtliche Buchhypothek unzugängliches Pfandrecht würde also nur dann vorliegen, wenn der nicht valutierten Hypothek nach dem bayer. Hypothekenrechte überhaupt

[1]) Daß solche Schuldurkunden oft wahrheitswidrige Angaben über den Verpflichtungsgrund enthalten, ist eine eigentümliche und häufige Erscheinung im Verkehr. Aber für diese Verschleierung haben die Beteiligten Gründe, sie tun es entweder der Kürze wegen, um nicht mehrere Schuldgründe nennen zu müssen, oder um dem Gläubiger eine bestimmte besondere Sicherung schon vor Empfang des Darlehens zu gewähren. Durch diese wahrheitswidrigen Angaben oder durch solche Fiktionen lösen die Parteien das Verhältnis von der Wirklichkeit los, sie abstrahieren von dem ursprünglichen Schuldgrunde. Klingmüller, Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis S. 105.

[1]) Wenn dem formalen Recht des Gläubigers, das der auf Grund fehlerfreier Willenserklärung erfolgten Hypothekeintragung entspricht, ein materieller Anspruch auf die entsprechende Leistung nicht zugrunde liegt, so kann ein solcher Hypothekgläubiger nach dem Prinzip der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812 BGB.) zur Herausgabe des ohne Rechtsgrund Erlangten mittels persönlicher Klage (cond. sine causa) angehalten werden. RGE. Bd. 51 S. 422, Bd. 57 S. 320.

[2]) Regelsberger-Henle, Das bayer. Hyp.-Recht § 42. 3. Aufl. S. 182, 183. — Roth-Becher, Bayr. Civilrecht II. Aufl. 2. Teil 2. Abt. § 202 S. 305, 306.

keine dingliche Wirkung zukommen könnte.[1]) Dem Erörterten gemäß kommt es bei Beurteilung der pfandrechtlichen Wirkung einer bayerisch-rechtlichen Hypothek nicht darauf an, daß eine gültige Forderung schon bei Begründung der Hypothek bestand. Unrichtig — weil zu eng — wäre demzufolge die Auffassung, daß als bestehendes Pfandrecht nur die im Zeitpunkt der Grundbuchvollendung schon von einer rechtswirksamen Forderung getragene Hypothek erachtet werden könne, ebenso unrichtig — weil zu weitgehend — die Meinung, daß eine im Hypothekenbuch e i n g e t r a g e n e Hypothek deshalb auch als bestehendes Pfandrecht gelten dürfe. Die Entscheidung über das Bestehen eines Pfandrechts hängt von der Beantwortung der Frage ab, ob nach Maßgabe der rechtlichen Beziehungen zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner, die zur Hypothekbestellung geführt haben, eine Forderung, die die Hypothek zu stützen geeignet ist, noch zur Entstehung kommen kann. Besteht solche Valutierungsmöglichkeit, dann erweist sich mit dem Geltungsbeginn des neuen Rechts die wenn auch noch nicht valutierte Hypothek in diesem embryonalen Zustande, weil der Keim zur Entstehung des Hypothekrechts gelegt ist, dennoch lebensfähig und überleitungsfähig.[2])

Erst wenn sich nach Maßgabe des der Hypothek zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts im kritischen Zeitpunkt bereits entschieden hat, daß eine Forderung nicht mehr zur Entstehung kommen kann, also die Existenzmöglichkeit einer Forderung schlechthin verneint werden muß, dann entfällt auch die Konvaleszenzmöglichkeit und ist die Umwandlungsfähigkeit ausgeschlossen. Das Schicksal der Hypothek ist entschieden, sie ist tot, gleicht einer tauben Nuß, führt im Grundbuch auf dem Pfandgrundstück, das sie von Rechts wegen nicht belastet, nur ein Scheindasein und eignet sich nur zur Löschung. (Predari, Kommentar zur RGBO. S. 246, 247.)

Soweit die unter der Herrschaft des bisherigen Rechts eingetragene Hypothek als bestehendes Pfandrecht gilt, erlangt sie infolge der neuen Gesetzgebung auch die Fähigkeit, zur Eigentümerhypothek zu werden und zwar zugunsten desjenigen, der Eigentümer des Grundstücks war, als sich der Wandel der Gesetzgebung vollzog und für das mit dieser Hypothek belastete Grundstück wirksam wurde.[1]) Hoffnungen der Nachhypothekgläubiger auf Vorrücken in eine bessere Stelle, worauf sie bisher rechnen durften, können dabei vernichtet werden, aber Art. 192 EG. hat sich darum bekanntlich nicht gekümmert. Das zeigt sich deutlich bei der Ueberleitung der Kautionshypothek des bayerischen Rechts in die Sicherungshypothek nach § 1190 BGB., die das Grundstück u n b e d i n g t mit dem ganzen eingetragenen Höchstbetrag belastet und bei der jetzt nur mehr unbestimmt ist, ob und wie weit sie dem Gläubiger oder dem Eigentümer zusteht, während sie früher nur als bedingte Hypothek angesehen wurde. Freilich wird auch für die eben gedachte Umwandlung vorausgesetzt, daß die Möglichkeit zukünftig entstehender Forderungen, zu deren Sicherheit die Kautionshypothek dient, zur maßgebenden Zeit der Grundbuchanlegung noch besteht.

[1]) Das bisherige Recht kennt die Eintragungsbewilligung und ihre Annahme nicht als selbständige abstrakte (kausallose) Einigung, sondern die Eintragungsbewilligung steht in beachtenswerter Verbindung mit dem Kausalgeschäft und findet darin ihre Begrenzung. Vgl. auch RGE. Bd. 52 S. 115.

[2]) Daraus, daß der Hypothek, die für eine nach dem gegenwärtig noch geltenden Recht entstandene Forderung bestellt ist, nach den Grundsätzen des materiellen Publizitätsprinzips eine gewisse Selbständigkeit und dingliche Wirkung beigelegt wird, indem vermöge der heilenden Kraft des öffentlichen Glaubens des Hypothekenbuches die Hypothek in der Hand eines gutgläubigen Dritten vollwirksam und unanfechtbar wird, darf für die Entscheidung der hier aufgeworfenen Frage ein durchschlagender Grund nicht entnommen werden, weil es sich bei solchen Verhältnissen um eine Fiktion handelt.

## Streitfragen aus dem Bayerischen Hinterlegungsrechte.

Von Landgerichtsrat **Neumiller** in München.

### II. Muß die Hinterlegungsstelle einen Rückgabebeschluß nach § 109 CPO. vor Eintritt der Rechtskraft vollziehen?

Nach § 27 HO. darf, unbeschadet eines gerichtlichen Verbots, die Herausgabe nicht abgelehnt werden:

1. wenn dieselbe durch Erklärung aller Beteiligten bewilligt oder die Empfangsberechtigung durch rechtskräftige Entscheidung festgestellt ist;
2. wenn die Herausgabe von dem Gericht oder der Staatsanwaltschaft angeordnet ist oder das Gericht oder die Staatsanwaltschaft um die Herausgabe ersucht.

Ist die K. Bank Hinterlegungsstelle, so bedarf es gemäß § 49 HO. der sonst erforderlichen amtsgerichtlichen Weisung nicht:

1. wenn durch rechtskräftige Entscheidung die Berechtigung zur Empfangnahme festgestellt ist;
2. wenn die Herausgabe von dem Gericht oder der Staatsanwaltschaft angeordnet ist oder das Gericht oder die Staatsanwaltschaft um die Herausgabe ersucht.

Nach § 50 Satz 2 HO. kann die amtsgerichtliche Weisung in den Fällen des § 27 HO. nicht verweigert werden. Diese Fälle decken sich ohnehin mit denjenigen der Entbehrlichkeit der Weisung, ausgenommen hinsichtlich der Einwilligung der Beteiligten, die also eine amtsgerichtliche Weisung an die Bank niemals entbehrlich macht, den Amtsrichter aber andererseits zur Erlassung dieser Weisung verpflichtet.

[1]) Reichsgerichts-Entsch. Bd. 51 S. 400.

Es ist nun in Bayern die Meinung aufgetaucht, daß bei den prozeßgerichtlichen Rückgabebeschlüssen nach § 109 Abs. 2 CPO. die wirkliche Herausgabe seitens der Hinterlegungsstelle vor Rechtskraft des Beschlusses nicht betätigt werden dürfe. Die Begründung wird teils aus dem Reichs-, teils aus dem Landesrecht entnommen. In ersterer Richtung macht insbesondere Gaupp-Stein (6./7. Aufl. Note V) geltend, es handle sich nicht um eine Zwangsvollstreckung und sohin sei gemäß § 572 CPO. die Rechtskraft abzuwarten. Ersteres ist zweifellos richtig; die letztere Folgerung kann aber nicht anerkannt werden. Gerade aus § 572 Abs. 3, 4 muß entnommen werden, daß begriffsmäßig jede mit Beschwerde anfechtbare Entscheidung nicht bloß gemäß § 794 Nr. 3 sofort vollstreckbar, sondern ganz abgesehen von einem im engeren Sinne vollstreckbaren Inhalt sofort „vollziehbar", d. h. also wirksam ist. Das entspricht genau der reichsgerichtlichen Praxis (Entsch. XXV 377) hinsichtlich der vorläufigen Vollstreckbarkeit der Feststellungsurteile. Es wäre ganz überflüssig gewesen, den mit der Beschwerde befaßten Gerichten die Befugnis zur Aussetzung der „Vollziehung" zu geben, wenn diese Vollziehbarkeit nicht sofort nach Erlassung der Entscheidung bestehen würde. Allerdings hat die sofortige Beschwerde gegen den Rückgabebeschluß aufschiebende Wirkung; allein dies ändert nichts an der grundsätzlichen sofortigen Vollziehbarkeit des Beschlusses bis zur Einlegung der Beschwerde. Als solche Vollziehung (Wirksamkeit) kann hier gar nichts anderes in Betracht kommen, wie die Rückgabe der Sicherheit, die ja mit ausdrücklichen Worten in dem Beschlusse angeordnet wird. Nach der Begründung zu § 101 a der CP.-Novelle (Denkschr. S. 90) war es gerade der Zweck der Vorschrift, klarzustellen, daß die Hinterlegungsstelle der Anordnung „unmittelbar Folge zu leisten" hat und blieb nur deren (den Parteien natürlich noch günstigere) etwaige landesrechtliche Befugnis unberührt, die Sicherheit auch ohne gerichtliche Anordnung zurückzugeben. Es müßte nach dieser Entstehungsgeschichte dem Landesrechte geradezu die Befugnis abgesprochen werden, das Depot bis zur Beschwerdeeinlegung oder Fristablauf zurückzuhalten. Gleichwohl wird versucht, eine solche Vorschrift aus der HO. zu entnehmen und zu diesem Zwecke § 49 HO. dahin ausgelegt, daß gerichtliche Rückgabebeschlüsse nicht unter die „Anordnungen" Nr. 2, fallen, sondern unter Nr. 1 (gerichtliche Entscheidungen) zu subsumieren seien. Dies sei im Interesse der Haftung der K. Bank gelegen, die mangels Richterpersonals nicht wohl in der Lage sei, die Wirksamkeit von Beschlüssen ohne Rechtskraftzeugnis mit Sicherheit nachzuprüfen.

Weder dieser Grund noch die Auslegung selbst kann jedoch als berechtigt anerkannt werden. Zunächst ist die K. Bank auf Grund des § 7 der MBek. vom 28. Dezember 1899 (JMBl. S. 1118) stets in der Lage, richterlichen Aufschluß in Hinterlegungssachen, abgesehen von den förmlichen Weisungen, zu erlangen. Sodann aber greift eine solche Auslegung von selbst auch auf die Verpflichtungen der gewöhnlichen Hinterlegungsstellen über, obwohl diese mit einem Richterbeamten besetzt sind; denn der Gegensatz zwischen Anordnung und Entscheidung findet sich gleichmäßig im § 27 wie im § 50 HO. Mit anderen Worten: darf oder muß wenigstens die Bank solche Rückgabebeschlüsse vor Beschwerdeeinlegung oder Fristablauf nicht vollziehen, so gilt das gleiche für den Amtsrichter als ersten Hinterlegungsbeamten oder als Weisungsrichter. Es bedarf selbstverständlich angesichts der in Betracht kommenden Geldhaftung keiner weiteren Ausführung, daß in der Praxis eine Rückgabe, die nicht geleistet werden muß, auch nicht geleistet wird, selbst wenn sie nach der HO. an sich zulässig wäre. Zu einer solchen die Parteien nicht unbeträchtlich beschwerenden Verzögerung der Rückgabe besteht aber um so weniger Anlaß, als ja die Prüfung der Vollziehbarkeit sehr einfach ist. Der äußerlich nach Inhalt der Hinterlegungserklärung vom zuständigen Prozeßgerichte erlassene Rückgabebeschluß wird insolange auf Verantwortung dieses Gerichts vollzogen, als nicht der Gegner die Beschwerdeeinlegung nachweist oder einen Gerichtsbeschluß auf einstweilige Vollzugseinstellung vorlegt. Hat die Beschwerde keinen Erfolg, so ist auf Vorlage der Abweisung durch den Gegner der Vollzug wieder frei.

Es kann aber auch nicht zugegeben werden, daß die landesrechtliche Norm des § 49 HO. in obiger Weise ausgelegt werden muß. Die HO. nennt neben den „Weisungen" des Amtsgerichts, also unmittelbaren Ausgabebefehlen an die Hinterlegungsstellen, noch weiter „Entscheidungen", „Anordnungen" und „Ersuchen".

Da die Hinterlegungsstellen „für die Angelegenheiten des bürgerlichen Rechts und des gerichtlichen Verfahrens" eingerichtet worden sind (Art. 76 AG. z. GVG.), so liegt es nahe, auf den Sprachgebrauch der Prozeßordnungen zurückzugreifen. Diese verstehen allerdings unbestritten unter „Entscheidungen" nicht bloß „Urteile", sondern auch „Beschlüsse" und „Verfügungen", so daß in diesem Sinne die zahlreichen in der CPO. vorgesehenen beschlußmäßigen „Anordnungen" formell ebenfalls Entscheidungen sind. Anscheinend enthält also die Gegenüberstellung von „Entscheidung" und „Anordnung" einen logischen Widerspruch. Ein solcher auffälliger Mangel der Fassung kann aber insolange nicht angenommen werden, als noch eine andere Erklärung möglich ist. Eine solche liegt in folgendem: Die Hinterlegungsordnung stellt nicht schlechthin Entscheidungen und Anordnungen einander gegenüber, sondern sie spricht speziell von Entscheidungen, durch welche die Berechtigung zur Empfangnahme (im § 27: „Empfangsberechtigung") festgestellt ist. Diesen Entscheidungen

stellt die HO. die Anordnungen und Ersuchen um Rückgabe gegenüber, d. h. also der Gegensatz beschränkt sich auf Entscheidungen bestimmten Inhalts einerseits, auf Anordnungen bestimmter Behörden bestimmten Inhalts andererseits. So verstanden kann von einem logischen Widerspruche keine Rede mehr sein. Außerdem kann es auf den Sprachgebrauch der CPO. und StPO. allein nicht ankommen, da z. B. im Bereiche der freiwilligen Gerichtsbarkeit grundsätzlich eine andere Terminologie herrscht, bei der die „Verfügung" der allgemeine Begriff, die „Entscheidung" aber etwas Spezielleres ist. Selbst innerhalb der CPO. hat sich übrigens die Rechtsprechung genötigt gesehen, zwischen Entscheidung und Anordnung einen Unterschied zu statuieren (vgl. § 793 und RGE. XVI 320). Bei dieser Unterscheidung nach dem Inhalt muß natürlich der Wortlaut ausschlaggebend sein, wenn nicht der Gegensatz wieder völlig verwischt werden soll. Der Typus der Entscheidung über die Empfangsberechtigung ist hiernach das Feststellungsurteil (meist unklarerweise auf Einwilligung lautend) über das Recht an einem Depot nach § 372 BGB. oder das Vorrechtsurteil nach § 805 BGB. Solche Urteile braucht die Hinterlegungsstelle wenigstens nach dem Wortlaut der HO.[1]) erst nach Rechtskraft zu respektieren, selbst wenn sie vorläufig vollstreckbar erklärt sind, was übrigens bei Urteilen nach § 805 nicht geschehen sollte (vgl. § 770) und bei Einwilligungsurteilen wirkungslos ist, bei reinen Feststellungen aber allerdings vorkommen kann (RGE. XXV 377). Nach Rechtskraft ergeht dann keine prozeßgerichtliche besondere Rückgabeanordnung mehr, sondern die obsiegende Partei wendet sich unmittelbar unter Vorlage des Rechtskraftzeugnisses an die Hinterlegungsstelle.

Einen wesentlich anderen Inhalt haben die „Anordnungen" auf Rückgabe. Diese enthalten ein unmittelbares Gebot an die Hinterlegungsstelle, wenn sie auch im Parteibetrieb erwirkt werden und deren Vorlage bei der Hinterlegungsstelle dem Parteibelieben überlassen ist, ohne daß eine amtliche Vollzugskontrolle stattfindet.

Die „Anweisungen" und „Ersuchen" endlich wenden sich ebenfalls unmittelbar an die Hinterlegungsstelle, gehen ihr aber auch im amtlichen Betriebe zu und ihr Vollzug unterliegt der Kontrolle der anweisenden oder ersuchenden Behörde. Z. B. „ersucht" der Staatsanwalt um Herausgabe eines depositalmäßig behandelten Ueberführungsgegenstandes zur Hauptverhandlung oder der Verteilungsrichter um Uebermittelung der Masse an ihn, wenn er die Auszahlung im Verteilungstermine selbst vornehmen will und beide kontrollieren den sofortigen Vollzug ihres Ersuchens, für dessen Rechtmäßigkeit sie auch allein die Haftung tragen.

Daß diese Auslegung der Bayer. HO. richtig ist, ergibt sich aus deren Vorbild, der Preußischen HO. vom 14. März 1879 in der Fassung nach Art. 84 der Pr. AG. z. BGB. vom 20. Sept. 1899. Dort heißt es im § 30:

„Das Gesuch um Auszahlung darf, unbeschadet der Vorschrift des § 24, nicht zurückgewiesen werden:

1. wenn durch rechtskräftige Entscheidung die Berechtigung zur Empfangnahme festgestellt oder die Auszahlung von der zuständigen Behörde angeordnet ist;

2. wenn der Antrag auf eine von der zuständigen Behörde auf die Hinterlegungsstelle ausgestellte Anweisung sich gründet;

3. wenn die Auszahlung durch Erklärung sämtlicher Beteiligten bewilligt ist.

Geht in den Fällen des Abs. 1 Nr. 1, 2 die Anordnung oder die Anweisung von einem Gericht oder einer Auseinandersetzungsbehörde aus, so ist die Zuständigkeit von der Hinterlegungsstelle nicht zu prüfen."

Aehnlich ist die Behandlung behördlicher Ausgabeersuchen im § 31 geregelt.

Beim Vergleiche mit der Bayer. HO. zeigt sich sofort, daß letztere den Inhalt der beiden §§ 30, 31 Pr. HO. in den einzigen § 28 (vgl. § 49) zusammengefaßt hat. Die Gegenüberstellung von Entscheidungen und Anordnungen ist noch viel schärfer als in der Pr. HO., weil die Unterbringung in verschiedenen Nrn. erfolgte, wodurch auch die Beschränkung des Erfordernisses der Rechtskraft auf die Entscheidungen klarer hervortritt. Während die auch für andere als gerichtliche Hinterlegungen bestimmte Pr. HO. lediglich von der zuständigen Behörde spricht und die Gerichte nur im Abs. 2 erwähnt, umgrenzt die Bayer. HO. die Geltung des § 28 Nr. 2 auf Anordnungen und Ersuchen „des" Gerichts oder „der" Staatsanwaltschaft (also deren Zuständigkeit vorausgesetzt), kennt dagegen allerdings in Nr. 1 hinsichtlich der rechtskräftigen Entscheidungen eine solche Beschränkung nicht. Was unter der Entscheidung über die Empfangsberechtigung gemeint ist, ergibt sich bei der Pr. HO. klar aus §§ 5, 6. Dort heißt es, nachdem in § 5 als Voraussetzung der Herausgabe die Weisung der Hinterlegungsstelle (in Preußen also der Bezirksregierung, einer Verwaltungsbehörde) gefordert ist:

„§ 6. Die nach den bestehenden Vorschriften begründete Zuständigkeit der Gerichte und anderer Behörden, zwischen den Beteiligten über die Berechtigung oder die Verpflichtung zur Hinterlegung oder über den Anspruch auf Auszahlung oder Herausgabe zu entscheiden, sowie den Beteiligten gegenüber eine Hinterlegung oder die Auszahlung oder Herausgabe anzuordnen, wird durch die Bestimmungen des § 5 nicht berührt."

Eine Vorschrift dieses oder ähnlichen Inhalts mangelt in der Bayer. HO.; man hat dieselbe wohl für selbstverständlich und darum entbehrlich

---

[1]) Ob diese Art landesrechtlicher Regelung auch gegenüber der reichsrechtlichen vorläufigen Vollstreckbarkeit zulässig war, ist eine andere Frage. Elsaß-Lothringen (§ 9 Ges. vom 1. Nov. 1899) und Lübeck (§ 28 HO.) verlangen in der Tat auch nur eine „vollstreckbare" Entscheidung über die Empfangsberechtigung. Gegenüber anderen als gerichtlichen Entscheidungen ist das Erfordernis der Rechtskraft wohl begreiflich.

gehalten. Das ist sie nicht so ganz; denn aus ihr ergibt sich viel deutlicher wie aus der Herausgabevorschrift selbst, daß die Hinterlegungsstelle auch rechtskräftige Entscheidungen der zuständigen Verwaltungsbehörden respektieren muß, daß die Befugnis zur Anordnung sich auf eine positive Rechtsnorm außerhalb der Hinterlegungsordnung zu gründen, und daß die Hinterlegungsstelle diese Zuständigkeit grundsätzlich nachzuprüfen hat. Obwohl nun die Bayer. HO. einer ähnlichen Bestimmung entbehrt, so ist der § 6 der Pr. HO. doch auch für die Auslegung der ersteren wertvoll, da er die Grundlage der Unterscheidung zwischen Entscheidung und Anordnung bildet. „Anordnungen" auf Depotrückgabe als Prozeßmaßregel kennt die CPO. nur in den beiden, durch die Novelle eingeführten Fällen der §§ 109 und 715. Letzterer Beschluß kommt für unsere Frage nicht in Betracht, weil er sofort rechtskräftig ist (RGE. XLVII 364). Man kann nun nicht wohl sagen, daß diese Rückgabebeschlüsse eine Feststellung der Empfangsberechtigung enthalten; empfangsberechtigt ist bei diesem Verfahren von vornherein niemand anderer als der Hinterleger (arg. v. „Rückgabe"). Festgestellt wird höchstens der Zeitpunkt der formellen Ausgabereife und auch dies lediglich in den Gründen, während die Formel keinerlei Feststellung enthält, sondern einen Befehl, der andererseits die Hinterlegungsstelle selbst jeder Verantwortung enthebt. Darauf allein aber kommt es an. Die Hinterlegungsordnung geht in Preußen wie in Bayern offenbar davon aus, daß es Fälle gibt, in denen alsbaldige Herausgabe schon vor der Rechtskraft sachgemäß ist und auch ohne Gefahr für die Hinterlegungsstelle geschehen kann, nämlich überall, wo ausdrücklich eine Anordnung oder ein Ersuchen in amtlicher Form vorliegt. Nebenbei bemerkt, wird überhaupt nicht jede Anordnung rechtskräftig, z. B. eine solche der Staatsanwaltschaft, da hier eine Abänderung im Wege der Verwaltungsbeschwerde jederzeit vorkommen kann.

Erwägt man nun, daß die Einschaltung des § 109 ausgesprochen zu dem Zwecke erfolgt ist, damit die Hinterlegungsstelle „unmittelbar Folge zu leisten habe" und daß bei der Formulierung des § 109 die Unterscheidung zwischen Anordnung und Entscheidung in der Pr. HO. bereits bestand, und zwar seit mehr als sechzehn Jahren, so kann kein Zweifel obwalten, daß der Text des § 109, insbesondere der Ausdruck „Anordnung" gerade mit Rücksicht auf die Terminologie der Pr. HO. gewählt worden ist, um dem Verlangen des Rechtskraftnachweises von vornherein den Boden zu entziehen. Es müßte hiernach die spezielle Eigenschaft der „Anordnung" selbst dann respektiert werden, wenn der Beschluß, da es sich um die CPO. handelt, zugleich als eine Feststellung der Empfangsberechtigung unter den Parteien angesehen werden könnte; denn auch hier muß die spezielle Vorschrift der allgemeinen vorgehen, zumal wenn nur auf diese Weise der Zweck des Gesetzes erreicht werden kann.

Eine weitere Unterstützung ergibt sich aus folgender Erwägung. Die Gegenüberstellung von Entscheidung und Anordnung findet sich nicht nur bei den Ausgabe-, sondern auch bei den Annahmevorschriften, nämlich im § 18 Bayer. HO., der für die K. Bank gemäß § 48 HO. ebenfalls anwendbar ist. Dort heißt es, daß die Annahme nicht abgelehnt werden darf:

„1. wenn der Hinterleger durch Entscheidung oder Anordnung eines Gerichts oder einer Staatsanwaltschaft zur Hinterlegung für berechtigt oder verpflichtet erklärt ist;

2. wenn ein Gericht oder eine Staatsanwaltschaft um Annahme der Sache ersucht."

Hier ist die Nebeneinanderstellung noch viel auffälliger, weil weder Rechtskraft noch vorläufige Vollstreckbarkeit der „Entscheidung" gefordert wird. Es wäre auch völlig untunlich, etwa bei einstweiligen Anordnungen des Vollstreckungsgerichts auf Erlöshinterlegung die Rechtskraft dieses Beschlusses abzuwarten, ganz abgesehen von beschlußmäßigen einstweiligen Verfügungen, die überhaupt mangels Beschwerdefähigkeit der formellen Rechtskraft nicht zugängig sind. Hier bestand also gar kein Anlaß, die gerichtlichen Anordnungen noch neben den Entscheidungen zu nennen, wenn eben nicht die Hinterlegungsordnung zwischen beiden Begriffen unterscheiden und demgemäß die Terminologie der CPO. in diesem Punkte nicht adoptieren wollte. Jedenfalls kann die „Anordnung" des Gerichts im § 18 HO. begriffsmäßig und prozeßtechnisch nichts anderes sein als die in §§ 27 und 49 HO. erwähnte Anordnung. Der Unterschied besteht lediglich im Gegenstand derselben, nämlich einerseits Hinterlegung, andererseits Herausgabe; dieser Inhalt hat aber auf die prozessuale Form keinen Einfluß. Ist also die gerichtliche „Anordnung" ohne weiteren Beisatz im Sinne des § 18 sofort wirksam und für die Hinterlegungsstelle zwingend, so muß sie dies auch in den Fällen der §§ 27 und 49 sein, wo sie noch dazu in Gegensatz zu rechtskräftigen Entscheidungen aufgeführt ist. Zu welchen Ergebnissen die gegenteilige Auslegung führen würde, zeigt z. B. die Entsch. des Reichsger. Bd. LII S. 106. Dort ist gesagt, daß bereits mit der Aufhebung eines gesetzwidrigen Einstellungsbeschlusses die erlegte Sicherheit frei und das Verfahren nach § 109 CPO. zulässig wird, ohne daß die Rechtskraft dieses Aufhebungsbeschlusses abzuwarten wäre. Nach der oben bekämpften Ansicht aber müßte der Hinterlegungsstelle gegenüber doch wieder die Rechtskraft des rein formellen Rückgabebeschlusses abgewartet werden. Man kann sich auch nicht allenfalls auf Art. 145 EG. z. BGB. berufen; denn die dort zugelassene landesrechtliche Regelung des Empfangsnachweises kann sich nur unbeschadet besonderer reichsrechtlicher Bestimmung verstehen. Ein solcher unmittelbarer Eingriff des Reichsrechts

liegt aber ausweislich der Materialien insbesondere im Falle des § 109 CPO. vor. Es dient auch keineswegs dem staatlichen Interesse, die Depositenherausgabe übermäßig zu erschweren, da sonst in weiterem Umfange zur privaten vereinbarten Verwahrung gegriffen wird (vgl. die Ausführungen des Abg. v. Dziembowski-Pomian in der Reichstagssitzung vom 2. Mai 1898 StBer. S. 2081), die nach § 108 CPO. völlig zulässig ist, aber der absoluten Sicherheit für die Parteien immerhin entbehrt und außerdem den Anfall an staatlichen Hinterlegungsgebühren schmälert.[1])

## Zu § 2006 BGB.

Von Oberlandesgerichtsrat **Reinhard** in Dresden.

Weder ein Nachlaßgläubiger noch ein Pflichtteilsberechtigter, der nicht Erbe ist, kann vom Erben die Leistung des Offenbarungseides gemäß § 2006 BGB. im Prozeßwege erzwingen.

Diesen Satz hat das OLG. Dresden in einem demnächst im „Zentralblatt für freiw. Gerichtsbarkeit und Notariat sowie für Zwangsversteigerung" zum Abdruck gelangenden Urteil ausgesprochen. Da die Frage bestritten ist, lohnt es sich, näher auf sie einzugehen.

1. Nach § 2006 Abs. 1 des BGB. hat der Erbe auf Verlangen eines Nachlaßgläubigers vor dem Nachlaßgericht den Offenbarungseid dahin zu leisten, daß er nach bestem Wissen die Nachlaßgegenstände so vollständig angegeben habe, als er dazu imstande sei.

In Abs. 3 wird alsdann bestimmt, daß er, wenn er die Leistung des Eides verweigert, dem Gläubiger, der den Antrag gestellt hat, unbeschränkt haftet. Es gehen nun die Meinungen darüber auseinander, ob damit die Folgen der Eidesverweigerung erschöpft sind, oder ob der Gläubiger daneben die Eidesleistung durch Klage, Urteil und Zwangsvollstreckung erzwingen kann. Planck (Bem. 4c zu § 2006, vgl. auch Bem. 6 zu § 2314) vertritt im Anschluß an Jastrow (Bem. 1 zu § 79 des Freiw. Gerbark.G.; ebenso Kuhlenbeck Bem. 2 zu § 2006) die Ansicht, es könne nicht angenommen werden, daß die Verurteilung des Erben zur Eidesleistung im Prozeßweg und die Vollstreckung des Urteils nach CPO. §§ 888, 889 unzulässig sein solle. Nach Abs. 1 sei der Erbe zur Leistung des Offenbarungseids zivilrechtlich verpflichtet und der Gläubiger könne an der Erfüllung dieser Verpflichtung ein wesentliches Interesse haben, dem durch die unbeschränkte Haftung des Erben keineswegs Genüge getan werde. So z. B., wenn der Erbe eigenes Vermögen nicht besitze und im Verdacht stehe, Bestandteile des Nachlasses beiseite geschafft zu haben.

Diese Erwägung begründet die These nicht. Auch in dem unterstellten Falle hat der Gläubiger Interesse an der Kenntnis vom Nachlaßbestand nur deshalb, damit er dadurch in die Lage versetzt wird, sich wegen seiner Forderung aus dem Nachlaß zu befriedigen. Haftet ihm gegenüber aber der Erbe infolge der Verweigerung des Eides unbeschränkt, also so, als wenn die Forderung von Haus aus gegen ihn selbst zur Entstehung gelangt wäre, so kann der Gläubiger nach allgemeinen Grundsätzen der Zivilprozeßordnung, wenn die Zwangsvollstreckung zu seiner Befriedigung nicht geführt hat, oder wenn er glaubhaft macht, daß er durch Pfändung seine Befriedigung nicht vollständig erlangen könne, die Leistung des Offenbarungseides gemäß § 807 vbd. m. §§ 899 ff. der CPO. vom Schuldner-Erben verlangen und durch Haftanlegung erzwingen. In dem hiernach zu beschwörenden Vermögensverzeichnis hat der Schuldner aber sein gesamtes Vermögen einschließlich des ererbten offen zu legen. Jenem Interesse des Gläubigers wird also hierdurch Genüge getan. Läßt sich daher der angeführte Grund zur Stütze der Planckschen Meinung nicht verwerten, so weist

2. der Zusammenhang, in dem sich die Pflicht des Erben zur Leistung des Offenbarungseides ausgesprochen findet, auf die gegenteilige Meinung zwingend hin.

Die Vorschrift des § 2006 bildet einen Bestandteil des zweiten Titels vom zweiten Abschnitt des fünften Buchs. An der Spitze dieses Titels steht der Grundsatz, daß der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten haftet (§§ 1967—1969). Im nächsten Unterabschnitt II (§§ 1970—1974) wird das Aufgebot der Nachlaßgläubiger als das dem Erben eingeräumte Mittel behandelt, sich über den Schuldenbestand des Nachlasses zu unterrichten, um darnach seine weiteren Entschließungen einzurichten. Der Unterabschnitt III (§§ 1975—1992) handelt von den Mitteln, die dem Erben gegeben sind, um seine Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten auf den Nachlaß zu beschränken: der Befugnis, die Anordnung einer Nachlaßverwaltung oder die Eröffnung des Nachlaßkonkurses zu beantragen. Im Anschluß hieran wird der Schutz des Erben für den Fall geregelt, daß die Nachlaßverwaltung oder der Nachlaßkonkurs wegen Unzulänglichkeit der Masse untunlich ist. Der Unterabschnitt IV (§§ 1993—2013) unter der Ueberschrift: „Inventarerrichtung. Unbeschränkte Haftung des Erben" ordnet sodann weiter, was der Erbe

[1]) Namentlich erwähnt findet sich der Rückgabebeschluß des § 109 nur in den Hinterlegungsvorschriften des Königr. Sachsen (§ 109 Ges. vom 15. Juni 1900) und von Hamburg (§ 27 Ges. vom 14. Juli 1899). Während aber Sachsen ausdrücklich die Rechtskraft fordert, begnügt sich Hamburg mit der Vorlage der Anordnung allein. In Berlin wird nach privater Mitteilung ebenfalls kein Rechtskraftnachweis verlangt, also offenbar die Rückgabeanordnung nicht als „Entscheidung" im Sinne des § 30 Pr. HO. angesehen.

tun muß, um nicht der unbeschränkten Haftung endgültig zu verfallen und sich die Möglichkeit zu erhalten, auf dem im vorigen Abschnitt bezeichneten Wege die beschränkte Haftung zu gewinnen und sich zu erhalten. An der Spitze dieses Unterabschnittes steht der Satz, daß der Erbe berechtigt ist, ein Inventar zu errichten und beim Nachlaßgericht einzureichen (§ 1993). Zwar kann jeder Nachlaßgläubiger ihm hierzu eine Frist setzen lassen (§ 1994 Abs. 1 S. 1). Das Gesetz vermeidet aber den Ausdruck, daß er zur Errichtung des Inventars verpflichtet sei, und bestimmt als Folge der Nichterrichtung nur die unbeschränkte Haftung des Erben (§ 1994 Abs. 1 S. 2). Die Denkschrift (Heymannsche Ausgabe S. 390) bemerkt hierzu:

„Zweifellos muß den Nachlaßgläubigern für den Fall, daß der Erbe sich auf die Unzulänglichkeit des Nachlasses beruft, ein Mittel an die Hand gegeben werden, den ursprünglichen Bestand in zuverlässiger Weise festzustellen. Auch der Entwurf legt daher dem Erben die Pflicht zur Inventarerrichtung auf und verbindet mit der Versäumung dieser Pflicht den Rechtsnachteil, daß der Erbe unbeschränkt haftet. Im Gegensatz zum geltenden Recht macht aber der Entwurf die fragliche Verpflichtung von der Voraussetzung abhängig, daß ein Nachlaßgläubiger bei dem Nachlaßgericht den Antrag stellt, dem Erben eine Frist zur Errichtung des Inventars zu bestimmen."

Mag man immerhin von einer Inventarpflicht des Erben reden, so ist dies doch keine selbständige Verpflichtung, die er dem Nachlaßgläubiger gegenüber schlechthin zu erfüllen hätte. Sie bildet ebenso wie die Pflicht zur Leistung des Offenbarungseides vielmehr nur das Korrelat seiner Befugnis, sich auf die Unzulänglichkeit des Nachlasses zu berufen. Nur wenn er sich diese Befugnis sichern will, muß er als Vorbedingung dazu auf Verlangen eines Nachlaßgläubigers ein Inventar errichten und den Offenbarungseid gemäß § 2006 leisten. Es handelt sich hierbei allenthalben im Grunde genommen nur um die Ausübung eines Rechts des Erben. Der Ausdruck des Gesetzes im § 1993 ist daher durchaus korrekt und der Sachlage entsprechend. Ist die Errichtung des Inventars nicht erzwingbar, was auch Planck nicht zu leugnen scheint (vgl. Bem. 5 zu § 1994 seines Kommentars), so kann es auch nicht dessen Beeidung sein. Hiergegen ergibt sich auch nichts aus den Vorarbeiten des Gesetzes (Motive Bd. 5 S. 669 ff., Protokolle Bd. 5 S. 757 ff.).

3. Nach Planck soll die Vollstreckung des den Erben zur Leistung des Offenbarungseides verurteilenden Erkenntnisses nach § 889 der CPO. erfolgen. Das würde — wenn eine solche Verurteilung auf Grund von § 2006 des BGB. eintreten könnte — zweifellos richtig sein. Die Vorschrift des § 889 der CPO. (= § 774a des Entw. einer CPO.-Novelle) ist erst infolge des neuen bürgerlichen Rechts in die Zivilprozeßordnung aufgenommen worden. Dabei muß auffallen, daß in der Begründung zu dieser Gesetzesstelle mit keinem Worte auf die Bestimmung des § 2006 Bezug genommen worden ist. Es heißt dort (Begr. S. 186):

„Der § 774a ordnet im Abs. 1 die Zuständigkeit für die Abnahme des Offenbarungseids, zu dessen Leistung der Schuldner auf Grund der Vorschriften des bürgerlichen Rechts (§§ 259, 260, 2028, 2057 BGB.) verurteilt worden ist."

Die Nichterwähnung des § 2006 kann nicht auf einem Zufall, sondern nur auf der Erwägung beruhen, daß er für den § 889 der CPO. nicht in Betracht kommt. Dabei darf bei der sorgfältigen Ausdrucksweise des BGB. die Verschiedenheit der Fassung des § 261 und des § 2006 des BGB. nicht außer acht gelassen werden. Nach § 261 (— und diese Vorschrift gilt für die Fälle der §§ 259, 260, 2028, 2057 —) ist der Eid, „sofern er nicht vor dem Prozeßgericht zu leisten ist", vor dem in § 261 Abs. 1 S. 1 und 2 bezeichneten Amtsgericht zu leisten. Im § 2006 wird dagegen des Falles, daß der Eid vor dem Prozeßgericht zu leisten sei, nicht gedacht, sondern nur bestimmt, der Eid sei vor dem Nachlaßgericht zu leisten. Wie soll sich diese Verschiedenheit anders als durch die hier vertretene Auslegung erklären lassen?

Aber weiter: Im Falle des § 2006 bestimmt sich das Verfahren nach § 79 des Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit, in jenen Fällen nach § 163 dieses Gesetzes, wo es heißt:

„Ist in den Fällen der §§ 259, 260, 2028, 2057 des BGB. der Offenbarungseid nicht vor dem Prozeßgericht zu leisten, so finden die Vorschriften des § 79 entsprechende Anwendung."

Wie könnte das Gesetz darauf kommen, in den §§ 79 und 163 des Freiw. Gerbark.G. zwei selbständige Vorschriften aufzustellen, wenn es nicht überall die Fälle der §§ 259, 260, 2028, 2057 einerseits und des § 2006 andererseits geflissentlich auseinanderhalten wollte und wenn es zulassen wollte, daß es auch im Falle des § 2006 zu einer Eidesleistung vor dem Prozeßgericht (gemäß § 889 der CPO.) kommen könnte?

4. Endlich läßt sich auch nicht, worauf schon oben unter 1 a. E. hingewiesen wurde, mit Grund in Zweifel ziehen, daß sich, abgesehen von den Pflichtteilsberechtigten, die nicht Erben und infolgedessen gemäß §§ 2304, 2317 vbd. mit § 1967 des BGB. Nachlaßgläubiger sind, das Interesse aller Nachlaßgläubiger an der Leistung des Offenbarungseides in der Bestimmung des § 2006 Abs. 3 des BGB. erschöpft, wonach der den Eid verweigernde Erbe unbeschränkt haften

muß. Nur für den Pflichtteilsberechtigten hat diese Folge keine Bedeutung. Sein Anspruch ist dadurch bedingt, daß eine den Schuldenbestand übersteigende Aktivmasse vorhanden ist. Denn wo kein (reiner) Nachlaß, da auch kein Pflichtteilsanspruch. Er bedarf der Aufklärung über den Nachlaßbestand aus einem ganz anderen Grunde, als die sonstigen Nachlaßgläubiger. Nach dem Nachlaßbestand richtet sich nicht wie bei diesen die Verwirklichung, sondern die Existenz und Höhe seines Anspruchs. Diesem Bedürfnis trägt aber auch das BGB. Rechnung, indem es in § 2314 ihm die Mittel und Wege an die Hand gibt, wie er über den Bestand des Nachlasses und damit über die Höhe seines Anspruchs Aufklärung erhalten kann. Er hat hiernach Anspruch darauf, daß ihm der Erbe über den Bestand des Nachlasses Auskunft erteilt. Demzufolge hat ihm der Erbe (vgl. § 260 BGB.) ein Verzeichnis des Bestandes vorzulegen und gegebenenfalls nach § 260 Abs. 2 den Offenbarungseid zu leisten. Für diesen Fall besteht, wie unter 3 ausgeführt, die Möglichkeit, die Eidesleistung durch Klage und Zwangsvollstreckung zu erzwingen.

Die Vorschrift des § 2314 wäre nicht bloß unnötig, sondern sogar widersinnig, wenn schon der § 2006 dem Pflichtteilsberechtigten, der Nachlaßgläubiger ist, das Recht verliehe, die Leistung des Offenbarungseides seitens des Erben im Prozeßwege durchzusetzen. Das Inventar der §§ 1993, 2006 deckt sich inhaltlich mit dem Verzeichnis, dessen Vorlegung der § 2314 ebd. mit § 260 Abs. 1 vorschreibt. Wenn im § 2006 die Eidesleistungspflicht als eine erzwingbare ausgesprochen wäre, so würde sie auch ohne weitere Voraussetzungen bestehen. Dann aber würde es unverständlich sein, wie der § 2314 ebd. mit §§ 260 Abs. 2 und 259 Abs. 3 sie an die Bedingung knüpfen konnte, daß es sich nicht um Angelegenheiten von geringer Bedeutung handele und daß Grund zu der Annahme bestehe, das Verzeichnis sei nicht mit der erforderlichen Sorgfalt aufgestellt worden. Warum sollte sich der Pflichtteilsberechtigte, der nicht Erbe ist, jemals mit dem schwierigen Nachweis belasten, daß Grund zu jener Annahme bestehe, wenn er ohne diesen Nachweis auf Grund des § 2006 zum Ziele kommen könnte?

Die Verschiedenheit in den Voraussetzungen der §§ 2006 und 2314 erklärt sich eben nur mit der Auslegung, daß nach § 2006 die Folge der Eidesverweigerung ausschließlich in der unbeschränkten Haftung des Erben besteht, während die Eidesleistung nach § 2314 — wenngleich nur unter bestimmten Voraussetzungen — durch Klage und Zwangsvollstreckung erzwungen werden kann. Auf dem hier vertretenen Standpunkt steht denn auch die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller, vgl. z. B. Staudinger Bem. 2 zu § 2006, Neumann Bem. 5c zu § 2006, Matthiaß, Bürg. Recht Bd. 2 S. 504, Strohal, Erbrecht 1901 S. 431, ferner die Kommentare zum FGG. (zu dessen § 79) von Frese, Dorner und Rausnitz u. a. m.

## Unfallversicherungsgesetzgebung und Deliktsansprüche.

Von Rechtsanwalt **Wilhelm Kitzkalt** in München.

Die staatliche Unfallversicherungsgesetzgebung hat den versicherten Arbeitnehmern (Arbeitern und Betriebsbeamten) und deren Hinterbliebenen gegen die pekuniären Folgen von Betriebsunfällen ausgedehnten Schutz gewährt. Der Wert dieser Leistungen ist für den Arbeitnehmer um so höher zu schätzen, als die Beiträge zur staatlichen Unfallversicherung ausschließlich aus der Tasche des Arbeitgebers fließen, der Arbeitnehmer daher eine Gegenleistung nicht zu gewähren hat.

Einen teilweisen Ausgleich bieten dem Arbeitgeber die §§ 135 des Gew.Unf.Vers.G., 146 des Unf.Vers.G. für Land- u. Forstw., 45 Abs. II des Bau-Unf.Vers.G., 133 des See-Unf.Vers.G. neuerer Fassung, nach denen zivilrechtliche Schadensersatzansprüche des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber auf Grund von Betriebsunfällen grundsätzlich ausgeschlossen sind. Nicht nur durch diese einschneidende Bestimmung greifen die Unfallversicherungsgesetze ins Zivilrecht ein, sondern auch durch Vorschriften über Regreßansprüche der Berufsgenossenschaften gegen die Arbeitgeber, sowie über den teilweisen Uebergang der Ansprüche des Verletzten gegen dritte Personen auf die Berufsgenossenschaft. Diese vielfach zu Zweifeln Anlaß gebenden und angesichts ihrer Einschiebung in Verwaltungsgesetze der Gerichtspraxis weniger geläufigen, zudem auch in den Kommentaren zu den Unfallversicherungsgesetzen eben wegen ihrer rein zivilrechtlichen Eigenschaft nur dürftig behandelten Gesetzesstellen kurz zu erläutern, ist der Zweck der nachstehenden Zeilen.[1]) Das Rechtsgebiet des Seeunfallversicherungsrechtes bleibt dabei, als den Leserkreis dieser Zeitschrift weniger berührend, außer Betracht.

### I. Ansprüche des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber.

Nach der gleichlautenden Bestimmung der §§ 135, Abs. I Gew.Unf.Vers.G., 146 Abs. I Land- u. Forstw.Unf.Vers.G., 45 Abs. II Bau-Unf.Vers.G. (Verweisung) können die nach Maßgabe dieser Gesetze versicherten Personen und die in §§ 16—19 Gew.Unf.Vers.G. und 17—20 Land- u. Forstw.Unf.Vers.G. bezeichneten Hinterbliebenen, auch wenn sie einen Anspruch auf Rente nicht haben, einen Anspruch auf Ersatz des

[1]) Eine eingehende Zusammenstellung der Literatur findet sich bei Laß-Maier, Haftpflichtrecht und Reichs-Versicherungsgesetzgebung, 2. Aufl. S. XIX (München, J. Schweitzer Verlag [Arthur Sellier] gebd. Mk. 8.20).

infolge eines Unfalles erlittenen Schadens gegen den Betriebsunternehmer, dessen Bevollmächtigten oder Repräsentanten, Betriebs- oder Arbeiteraufseher nur dann geltend machen, wenn durch strafgerichtliches Urteil festgestellt worden ist, daß der in Anspruch Genommene den Unfall vorsätzlich herbeigeführt hat.

1. Ausgeschlossen sind die Ansprüche der nach Maßgabe der erwähnten Gesetze versicherten Personen und deren Abkömmlinge, Witwen und Aszendenten.

Der Kreis der versicherten Personen ist bestimmt in §§ 1—6 Gew.Unf.Vers.G., 1—5 Land-u.Forstw.Unf.Vers.G., 1—4 Bau-Unf.Vers.G. Die statutarisch ausgedehnte Versicherung steht der gesetzlichen gleich. Im einzelnen muß hier auf die Rechtsprechung des Reichsversicherungsamtes Bezug genommen werden; vgl. insbesondere die Anmerkungen zu den erwähnten Paragraphen im Handbuche der Unfallversicherung, herausgegeben von den Mitgliedern des Reichsversicherungsamtes.

Hervorzuheben ist, daß die in den versicherungspflichtigen Betrieben beschäftigten Personen kraft Gesetzes versichert sind, daß es also eines Beweises nur für das Beschäftigungsverhältnis, nicht für die Versicherung bedarf, daß sich die Versicherung auch auf Minderjährige und Familienangehörige erstreckt (Bayern hat von der in § 1 Abs. V Land- u. Forstw.Unf.Vers.G. eingeräumten Ermächtigung zur Ausschließung letzterer keinen Gebrauch gemacht), daß es auf die Dauer des Beschäftigungsverhältnisses nicht ankommt und auch ganz vorübergehende Hilfeleistungen genügen. Zahlung von Lohn und Gehalt ist nicht ausschlaggebend; so hat das Reichsversicherungsamt den Vater, der im Jahre 8 Tage im Betriebe seines Sohnes unentgeltlich aushalf, den Vater, der zeitweise im Unternehmen seines Sohnes aushalf, wofür letzterer ihn während der Sommermonate in dessen Landwirtschaft unterstützte, jeweils als versicherten Arbeiter des anderen erklärt (Handbuch Anm. 13 zu § 1 Gew.Unf.Vers.G.).

Besondere Beachtung verdienen die §§ 3 Gew.-Unf.Vers.G. und 2 Land- u. Forstw.Unf.Vers.G., inhaltlich deren sich die Versicherung auch auf häusliche und andere Dienste erstreckt, zu denen versicherte Personen neben der Beschäftigung im Betriebe von ihren Arbeitgebern oder deren Beauftragten herangezogen werden. Hiernach kann der Kutscher einer Fabrik, der gelegentlich das Privatfuhrwerk des Direktors leitet, letzteren nicht auf Grund des § 833 BGB. bei Verletzung durch die Pferde des Direktors haftbar machen. Dessen Privatkutscher behält natürlich solche Ansprüche.

Ausgeschlossen sind die Ansprüche des Arbeitnehmers und seiner Abkömmlinge, Witwe und Aszendenten. Die außereheliche Tochter des Arbeiters behält daher den ihr gemäß § 844 Abs. II BGB. zustehenden Schadensersatzanspruch.

2. Der Begriff des Arbeitgebers kann Schwierigkeiten verursachen, insbesondere bei sogenannten Gefälligkeitsdiensten, wie sie in der Landwirtschaft besonders häufig sind. Z. B. der Dienstknecht eines Bauern hilft für einen Nachmittag bei dessen Nachbarn aus. Versichert ist der Arbeiter unter allen Umständen (Handbuch Anm. 21, A, 6 zu § 1 Land- u. Forstw.Unf.Vers.G.). Es fragt sich nur, ob der Nachbar Arbeitgeber oder Dritter im Sinne des Gesetzes ist. Gegen letzteren hätte der Arbeiter Deliktsansprüche, gegen ersteren nicht. Nach Rasp-Meinel ist der Arbeiter als in den Betrieb des Nachbarn vorübergehend übergetreten zu betrachten (Kommentar z. Land- u. Forstw. Unf.Vers.G., 2. Aufl. S. 71). Dem ist beizutreten.

Dem Arbeitgeber stehen gleich dessen Vertreter im Arbeitgeberverhältnis, „Bevollmächtigte oder Repräsentanten, Betriebs- oder Arbeiteraufseher". Ansprüche gegen andere Arbeiter, Vorarbeiter usw. bleiben bestehen.

3. Das Vorliegen eines Versicherungsverhältnisses ist notwendig, aber auch genügend. Daß dem Arbeitnehmer aus demselben in concreto Rechte erwachsen seien, ist nicht erforderlich. Das Gesetz betont dies ausdrücklich: „Auch wenn sie einen Anspruch auf Rente nicht haben." Ausgeschlossen sind also auch die Ansprüche des Verletzten, wenn die Folgen des Unfalls nicht über 13 Wochen dauern, die Unfallversicherung daher überhaupt nicht eingreift (Ausnahme siehe jedoch unten Ziff. 7); ausgeschlossen die Ansprüche aus § 847 BGB. auch dann, wenn der Unfall lediglich Schmerzen und Entstellung, aber keine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hatte; ausgeschlossen die Ansprüche von Aszendenten, bei denen Bedürftigkeit im Sinne der §§ 18 Gew.Unf.Vers.G., 19 Land- u. Forstw. Unf.Vers.G. nicht vorliegt.

4. Ein Betriebsunfall muß gegeben sein. Das Gesetz spricht nur von Unfall. Aus den §§ 135 Abs. III Gew.Unf.Vers.G., 146 Abs. IV Land- u. Forstw.Unf.Vers.G. ergibt sich aber, daß nur Betriebsunfälle gemeint sein können. Liegt eine rechtskräftige Entscheidung der Berufsgenossenschaft, des Schiedsgerichtes oder des Reichs- oder Landesversicherungsamtes darüber vor, ob ein Betriebsunfall anzunehmen sei oder nicht, so ist diese für die Zivilgerichte bindend (eod.). Der Arbeiter, der auf einem Spaziergang vor dem nicht gestreuten Hause seines Arbeitgebers verunglückt, behält also seine Ansprüche.

5. Die Schadensersatzansprüche auf Grund des Unfalls fallen weg. Ob sie auf Delikt oder Vertrag (§ 618 BGB.) beruhen, ist gleichgültig. Ebensowenig spielt die Frage des Verschuldens oder Nichtverschuldens des Arbeitgebers eine Rolle. Nicht nur die Ansprüche auf Grund des § 823, auch die dem Arbeitgeber gemäß §§ 831, 833, 836 BGB., auf Grund des Reichshaftpflichtgesetzes usw. zustehenden Rechte

treten hier außer Kraft. Und zwar alle Schadensersatzansprüche; also Ansprüche auf Buße, Schmerzensgeld, wegen Verunstaltung usw., (cf. Graef-Keidel, Gewerbeunfallversicherungsgesetz Anm. 3 und die dort angeführten Entscheidungen).

6. Die Ansprüche des Verletzten bleiben nur für den Fall bestehen, wenn durch strafgerichtliches Urteil festgestellt ist, daß der in Anspruch Genommene den Unfall vorsätzlich herbeigeführt hat.

Notwendig ist demnach vorsätzliche Herbeiführung. Grobe Fahrlässigkeit steht dem nicht gleich, auch wenn strafgerichtliche Verurteilung erfolgte. Das strafgerichtliche Urteil ist hier für den Zivilrichter bindend; er kann weder den Vorsatz noch die Frage nachprüfen, ob der Verletzte und der in Anspruch Genommene zu den in §§ 135 Gew.Unf.Vers.G. und 146 Land- u. Forstw.Unf.Vers.G. genannten Personen gehören (vgl. RG. Bd. 33 S. 88, 37 S. 37 für den gleichgelagerten Fall der §§ 136 Gew.Unf.Vers.G., 147 Land- u. Forstw.Unf.Vers.G.). Die vorsätzliche Herbeiführung des Unfalles muß durch Strafurteil feststehen. Eine Ausnahme ist nur gestattet, falls diese Feststellung wegen des Todes oder der Abwesenheit des Betreffenden oder aus einem anderen in seiner Person liegenden Grunde nicht erfolgen kann. Unter diesen „anderen Gründen" kann eine zur Zeit der Herbeiführung des Unfalls bestehende Geistesstörung nicht verstanden sein; denn in diesem Falle fehlt der Vorsatz.

Die Ansprüche des Verletzten sind jedoch auf den Betrag beschränkt, um welchen die den Berechtigten nach anderen gesetzlichen Vorschriften gebührende Entschädigung diejenige übersteigt, auf welche sie nach den Unfallversicherungsgesetzen Anspruch haben (§§ 135 Abs. II Gew.Unf.Vers.G., 146 Abs. II Land- u. Forstw.-Unf.Vers.G.). Denn bezüglich der Leistungen der Berufsgenossenschaft ist der Arbeitgeber dieser regreßpflichtig (siehe Ziff. II unten). Ueber die Frage, ob ein Betriebsunfall vorlag und ob die Berufsgenossenschaft die Entschädigung in der gesetzlichen Höhe gewährt, haben die Gerichte nicht zu entscheiden. Sie sind in dieser Hinsicht an die Feststellungen des rechtskräftigen Bescheides der Berufsgenossenschaft oder des Schiedsgerichtes und des Reichs- oder Landesversicherungsamtes gebunden (§§ 135 Abs. III Gew.Unf.Vers.G., 146 Abs. IV Land- u. Forstw.Unf.Vers.G.).

7. Eine besondere Bestimmung enthält § 146 Abs. III Land- u. Forstw.Unf.Vers.G. Hiernach bleiben die auf gesetzlichen Bestimmungen beruhenden Ansprüche eines Verletzten auf Ersatz des infolge des Unfalls erlittenen Schadens für die Dauer der ersten dreizehn Wochen nach dem Unfalle vorbehalten, wenn nicht durch die Landesgesetzgebung oder durch statutarische Bestimmung eine den Vorschriften der §§ 6 und 7 des Kr.Vers.G. oder der §§ 137 ff. des Gesetzes vom 5. Mai 1886 (RGBl. S. 132) mindestens gleichkommende Fürsorge für den Verletzten und seine Angehörigen getroffen ist oder der Verletzte auf Grund des § 136 a. a. O. von der Krankenversicherungspflicht befreit ist.

Das gewerbliche Unfallversicherungsgesetz enthält keine solchen Bestimmungen.

Hiernach gilt:

Es bleiben alle gesetzlichen Ansprüche eines Verletzten auf Ersatz des während der ersten dreizehn Wochen erlittenen Schadens bestehen. Dem Verletzten stehen Abkömmlinge, Witwe und Aszendenten gleich. Es ergibt sich dies aus der am Schlusse des Satzes enthaltenen Forderung einer Fürsorge für den Verletzten und seine Angehörigen, deren Erwähnung es andernfalls nicht bedurft hätte.

Fraglich kann dagegen erscheinen, was unter dem während der ersten dreizehn Wochen nach dem Unfall erlittenen Schaden zu verstehen ist. Dazu gehören zunächst Ansprüche auf Ersatz der Kosten des Arztes, Apothekers, Krankenpflege. Hier wird aber der Richter stets zu prüfen haben, ob nicht von der Armenpflege oder Krankenkasse Hilfe gewährt wurde. Denn insoweit ist dem Verletzten ein Schaden nicht zugegangen. Aus demselben Grund ist der Verdienstentgang nur insoweit zu ersetzen, als nicht Krankengeld gewährt wurde.

Zweifelhaft ist, ob durch § 146 Abs. III dem Verletzten Schadensersatzansprüche gemäß § 847 BGB. (Schmerzensgeld, Entstellung ꝛc.) vorbehalten bleiben. Sicherlich nicht, insoweit der Schaden erst nach Ablauf der dreizehn Wochen in Erscheinung tritt; z. B. ein vierzehnjähriges Mädchen erleidet im landwirtschaftlichen Betriebe eine verstümmelnde Verletzung und verlangt vom Arbeitgeber einen Ersatz für die erschwerte Möglichkeit, zu heiraten. Fraglicher ist, ob in solchen Fällen eine Vergütung der in den ersten dreizehn Wochen erlittenen Schmerzen gefordert werden kann. Eine Entscheidung des Oberlandesgerichtes Celle in Seufferts Archiv Bd. 56 Nr. 197 (vgl. auch ebenda Bd. 49 Nr. 116) verneint dies mit der Begründung, der Anspruch auf Schmerzensgeld sei ein einheitlicher und zeitlich nicht zerlegbar. Die Richtigkeit dieser Begründung mag dahingestellt bleiben; sie trifft auch nicht den Fall, wenn lediglich in den ersten dreizehn Wochen Schmerzen vorhanden waren.

M. E. beabsichtigt § 146 Abs. III überhaupt nicht, Ansprüche nach § 847 BGB. vorzubehalten. Die Absicht der einschlägigen Vorschriften der Unfallversicherungsgesetze ist nach den Motiven, Streitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern überhaupt auszuschließen, und den Arbeitgeber vor pekuniären Folgen von Betriebsunfällen möglichst zu bewahren, zumal die Frage, ob eine Fahrlässigkeit vorliegt oder nicht, oft sehr zweifelhaft und bei manchen Tatbeständen (insbesondere

§ 833 BGB.), sogar eine Haftung ohne jedes Verschulden gegeben ist. Absatz III ist als Ausnahmevorschrift strenge auszulegen. Sie wurde nur eingeführt, um den landwirtschaftlichen Arbeiter während der ersten dreizehn Wochen vor Not zu schützen, da er nicht, wie der gewerbliche Arbeiter, stets einer Krankenkasse angehören muß, die für ihn eintritt. Diese Absicht ergibt sich am deutlichsten daraus, daß die Ausnahme des Absatzes III überhaupt entfällt, dem Arbeiter daher überhaupt keine Ansprüche gegen den Arbeitgeber zustehen, wenn durch die Landesgesetzgebung oder durch statutarische Bestimmung eine dem Gesetzgeber genügend erscheinende pekuniäre Fürsorge für die ersten dreizehn Wochen getroffen ist. Ist dies nicht geschehen — und ob dies geschieht, liegt außerhalb des Willens des Arbeitgebers —, so kann die Folge nur die sein, daß letzterer die dem Arbeiter in den ersten dreizehn Wochen tatsächlich erwachsenen Aufwendungen zu ersetzen hat. Dazu, von dem Bestehen oder Nichtbestehen einer entsprechenden Krankenversicherung den Anspruch des Arbeiters auf ein in die Tausende gehendes Schmerzensgeld abhängig zu machen, fehlte jeder innere Grund. Damit entfällt auch bei landwirtschaftlichen Unfällen jeder Anspruch auf Schmerzensgeld.

Wie erwähnt, findet Absatz III überhaupt keine Anwendung und besteht überhaupt keine Ersatzpflicht des Arbeitgebers

a) wenn durch die Landesgesetzgebung eine den Vorschriften der §§ 6 und 7 des Kr.Vers.G. bzw. der §§ 137 ff. des Gesetzes vom 5. Mai 1886 mindestens gleichkommende Fürsorge für den Verletzten und seine Angehörenden getroffen ist.

Diese Fürsorge besteht in der Gewährung freier ärztlicher Behandlung, Arznei, sowie Brillen, Bruchbänder und ähnlicher Heilmittel vom Beginne der Krankheit ab, ferner im Falle der Erwerbsunfähigkeit vom dritten Tage nach der Erkrankung ab für jeden Arbeitstag eines Krankengeldes in der Höhe der Hälfte des ortsüblichen Tagelohnes gewöhnlicher Arbeiter, zahlbar nach Ablauf jeder Woche; gegebenenfalls in der Aufnahme in einem Krankenhause unter den Voraussetzungen des § 7 des Kr.Vers.G. Dem steht gleich ein auf Grund Arbeitsvertrages bestehender Rechtsanspruch auf Fortgewährung jährlicher Naturalleistungen mindestens im dreihundertfachen Werte des von der Gemeindekrankenversicherung oder Krankenkasse für einen Krankentag zu zahlenden Krankengeldes, oder auf Gewährung eines Arbeitslohnes für den Krankentag, welcher dem von der Gemeindekrankenversicherung oder Krankenkasse zu zahlenden täglichen Krankengeld mindestens gleichkommt, während dreizehn Wochen (§ 137 des Gesetzes betr. die Unfall- und Krankenversicherung der in land- und forstwirtschaftlichen Betrieben beschäftigten Personen vom 5. Mai 1886).

Solche landesgesetzliche Bestimmungen bestehen in Bayern nicht.

b) Wenn durch statutarische Bestimmung eine gleiche Fürsorge getroffen ist.

In Betracht kommt die statutarische Krankenversicherung nach Maßgabe des Krankenversicherungsgesetzes vom 15. Juni 1883 und des bayerischen Ausführungsgesetzes hierzu vom 28. Februar 1884. Diese gewährt eine obigen Leistungen gleichkommende Fürsorge. Sache des einzelnen Falles ist es, zu prüfen, ob diese statutarische Krankenversicherung jeweils in der betreffenden Gemeinde eingeführt ist.

c) Wenn der Verletzte auf Grund des § 136 des Gesetzes vom 5. Mai 1886 von der Krankenversicherungspflicht befreit ist. Diese Bestimmung ist für Bayern gegenstandslos, da Bayern von der in § 133 desselben Gesetzes erteilten Ermächtigung, mit der landesgesetzlichen Krankenversicherung der land- und forstwirtschaftlichen Arbeiter auch diesen § 136 einzuführen, keinen Gebrauch gemacht hat.

Hiernach spielt lediglich die statutarische Einführung eine Rolle.

8. In ähnlicher Weise bleiben gemäß § 45 Abs. I Bau-Unf.Vers.G. für Arbeiter, welche bei Bauarbeiten der in § 6 Ziff. 4 Abs. I bezeichneten Art beschäftigt, aber nicht nach den Bestimmungen des Krankenversicherungsgesetzes gegen Krankheit versichert sind, die auf gesetzlichen Bestimmungen beruhenden Ansprüche auf Ersatz des infolge eines Unfalls erlittenen Schadens für die Dauer der ersten dreizehn Wochen vorbehalten. Diese Bestimmung bezieht sich hauptsächlich auf die sog. Regiebauten.

**II. Ansprüche der Berufsgenossenschaften, Krankenkassen, Gemeinden und Armenverbände gegen die Arbeitgeber.**

Gemäß §§ 136 Gew.Unf.Vers.G., 147 Land- u. Forstw.Unf.Vers.G. haften die Betriebsunternehmer, Bevollmächtigten oder Repräsentanten, Betriebs- oder Arbeiteraufseher, welche den Unfall vorsätzlich oder durch Fahrlässigkeit mit Außerachtlassung derjenigen Aufmerksamkeit herbeigeführt haben, zu der sie vermöge ihres Amtes, Berufes oder Gewerbes besonders verpflichtet sind, den Berufsgenossenschaften, Gemeinden, Armenverbänden, Krankenkassen und sonstigen Unterstützungskassen im Sinne der § 25 Gew.Unf.Vers.G., §§ 27 und 30 Abs. I Land- u. Forstw.Unf.Vers.G. für alle Aufwendungen, welche von diesen infolge des Unfalles auf Grund des gewerblichen oder land- und forstwirtschaftlichen Unfallversicherungsgesetzes oder des Krankenversicherungsgesetzes gemacht worden sind.

Für die Ansprüche der Krankenkassen, Gemeinden und Armenverbände ist Voraussetzung strafgerichtliche Verurteilung des in Anspruch zu Nehmenden. Liegt ein solches Urteil vor, so können die Zivilgerichte die Frage des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit nicht mehr nachprüfen; durch das Strafurteil ist dies im Sinne des Gesetzes „festgestellt“

(vgl. die unter I Ziff. 6 zitierten Reichsgerichtsentscheidungen).

Die Berufsgenossenschaften dagegen bedürfen nicht der Feststellung durch strafgerichtliches Urteil. Wollen sie Regreß nehmen, so haben sie dies dem Ersatzpflichtigen mitzuteilen. Diesem steht hiegegen die Anrufung der Genossenschaftsversammlung zu. Die Erhebung der Klage ist erst zulässig, wenn der in Anspruch zu Nehmende binnen eines Monats nach der Mitteilung die Genossenschaftsversammlung nicht angerufen oder letztere die Verfolgung des Anspruches beschlossen hat (§ 136 Gew.Unf.Vers.G., § 148 Land- u. Forstw.Unf.Vers.G.).

1. Der Anspruch geht gegen den **Betriebsunternehmer, Bevollmächtigten, Repräsentanten, Betriebs- oder Arbeiteraufseher**, der den Anspruch vorsätzlich oder fahrlässig unter Außerachtlassung einer Amts-, Berufs- oder Gewerbepflicht herbeigeführt hat.

Hiernach ist mindestens Fahrlässigkeit nötig. *Keinen* Anspruch haben daher die Berufsgenossenschaften 2c., wenn der Betriebsunternehmer nur auf Grund der §§ 833, 836 BGB. oder des Reichshaftpflichtgesetzes haften würde. Erforderlich ist weiter eigene Fahrlässigkeit des in Anspruch Genommenen. Ansprüche gemäß § 831 BGB. stehen daher der Berufsgenossenschaft nicht zu. Doch bildet natürlich auch ein Verschulden in der Auswahl der Angestellten eine Fahrlässigkeit des in Anspruch zu Nehmenden; hiefür liegt aber im Gegensatz zu einer Haftung gemäß § 831 BGB. die Beweislast der Berufsgenossenschaft ob. Insbesondere ist zu beachten, daß § 2 des Reichshaftpflichtgesetzes infolge dieser Bestimmung für das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer gegenstandlos wird.

Juristische Personen können, da handlungsunfähig, eine fahrlässige Handlung nicht begehen. Die §§ 136 Gew.Unf.Vers.G. und 147 Land- u. Forstw.Unf.Vers.G. lassen jedoch eine Aktiengesellschaft, eine Innung oder eingetragene Genossenschaft für die durch ein Mitglied ihres **Vorstandes**, sowie eine Handelsgesellschaft, eine Innung oder eingetragene Genossenschaft für die durch einen der **Liquidatoren** herbeigeführten Unfälle in gleicher Weise d. h. wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Herbeiführung unter Außerachtlassung der Berufspflicht haften. Diese Fassung ist mangelhaft, da sie die Gesellschaften mit beschränkter Haftung nicht erwähnt, deren Haftung für Vorsatz oder Verschulden ihrer Geschäftsführer daher ausgeschlossen ist (bezüglich der Kommanditgesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, offenen Handelsgesellschaften vgl. Latz-Maier, Haftpflichtrecht S. 202). Eine Haftung für Prokuristen, Betriebsaufseher 2c. ist nicht gegeben, nur für Vorstandsmitglieder oder Liquidatoren brauchen diese Gesellschaften einzustehen.

Eine Ausdehnung der Haftung bringt das Bauunfallversicherungsgesetz in § 46. Hiernach haften die Betriebsunternehmer 2c. in gleicher Weise auch dann, wenn sie den Unfall dadurch herbeigeführt haben, daß sie bei der Leitung oder Ausführung eines Baues wider die allgemein anerkannten Regeln der Baukunst verstoßen. Vorsatz oder Fahrlässigkeit ist hier ebensowenig erforderlich, wie im Falle des § 330 StrGB. Im übrigen sind auch die Bestimmungen des Bauunfallversicherungsgesetzes die gleichen (§§ 46—48 des Bau-Unf.Vers.G.).

2. Die Haftung erstreckt sich auf **alle Aufwendungen**, welche von den Ersatzberechtigten auf Grund gesetzlicher Vorschrift gemacht worden sind. Auch hier ist jedoch die Entscheidung der Frage, ob ein versicherungspflichtiger Unfall vorliegt und ob die Entschädigung richtig berechnet ist, den Zivilgerichten entzogen (§§ 138, II Gew.Unf.Vers.G., 149, II Land- u. Forstw.Unf.Vers.G., 48, II Bau-Unf.Vers.G.). Als Ersatz der Rente kann deren Kapitalwert gefordert werden.

3. Seiner rechtlichen Natur nach ist der fragliche Anspruch ein **selbständiger Schadensersatzanspruch** der Berufsgenossenschaft 2c.; nicht etwa handelt es sich um einen kraft Gesetzes übergegangenen Anspruch des Versicherten. Denn Letzterem stehen nach dem unter I Ausgeführten bei dem weitaus häufigsten Fall der fahrlässigen Herbeiführung eines Unfalls Schadensersatzansprüche gegen den Arbeitgeber 2c. überhaupt nicht zu, können daher auch nicht übergehen. Eine besondere Festsetzung dieser Schadensersatzansprüche war nötig, weil § 823 BGB. Ansprüche nur bei vorsätzlicher oder fahrlässiger Verletzung der dort genannten Rechte, nicht aber allgemein bei Vermögensbeschädigung gewährt, die Berufsgenossenschaften 2c. aber hier lediglich an ihrem Vermögen geschädigt sind.

Daraus ergeben sich wichtige Folgerungen. Der Arbeitgeber 2c., der den Arbeiter unmittelbar nach dem Unfall abfindet, kann aus diesem Vergleich nicht der Berufsgenossenschaft gegenüber Einwendungen herleiten. Ebensowenig kann er eine diesem freiwillig gewährte Unterstützung abziehen. Eigenes Verschulden des Arbeiters kann auf die Ansprüche der Berufsgenossenschaft nach Grund oder Höhe nicht von Einfluß sein, da § 254 BGB. nur eigenes Verschulden des Beschädigten anerkennt; beschädigt ist aber hier die Berufsgenossenschaft 2c. Wohl aber ist solches eigenes Verschulden bei Würdigung des Kausalzusammenhangs zwischen Unfall und Schaden in Betracht zu ziehen.

Der Streitgegenstand für solche Klagen bemißt sich nach dem Zwölfeinhalbfachen, nicht nach dem Fünffachen der von der Berufsgenossenschaft zu leistenden Rente, da eine ausdehnende Auslegung des § 9a Abs. II des Gerichtskostengesetzes, als einer Ausnahmevorschrift, nicht zulässig ist (ebenso OLG. München vom 28. November 1904, Beschw.-Reg. Nr. 609/04 IV).

4. Die §§ 138 Gew.Unf.Vers.G., 149 Land- u. Forstw.Unf.Vers.G., 48 Bau-Unf.Vers.G. lassen

die Ansprüche der Berufsgenossenschaft ꝛc., falls strafgerichtliche Verurteilung erfolgte, in achtzehn Monaten von der Rechtskraft des Urteils an, sonst in zwei Jahren vom Tage des Unfalls an verjähren. Ansprüche der Krankenkassen, Gemeinden und Armenverbände verjähren daher stets innerhalb der ersteren Frist, da für sie strafgerichtliche Verurteilung Erfordernis ist; es sei denn, daß die Voraussetzungen der §§ 139 Gew.Unf.Verf.G., 150 Land- u. Forstw.Unf.Verf.G. vorliegen. Die Anrufung der Genossenschaftsversammlung unterbricht die Verjährung.

**III. Ansprüche der Arbeitnehmer und Berufsgenossenschaften ꝛc. gegen Dritte.**

Gemäß §§ 140 Gew.Unf.Verf.G., 151 Land- u. Forstw.Unf.Verf.G., 48 Bau-Unf.Verf.G. bestimmt sich die Haftung dritter Personen nach den sonstigen gesetzlichen Vorschriften. Insoweit jedoch den nach Maßgabe der Versicherungsgesetze entschädigungsberechtigten Personen ein gesetzlicher Anspruch auf Ersatz des ihnen durch den Unfall entstandenen Schadens gegen Dritte erwachsen ist, geht dieser Anspruch auf die Berufsgenossenschaft in dem Umfange ihrer durch die Versicherungsgesetze begründeten Entschädigungspflicht über.

Dritte Personen sind alle nicht in den §§ 135, 136 Gew.Unf.Verf.G., 146, 147 Land- u. Forstw.Unf.Verf.G., 46 Bau-Unf.Verf.G. aufgeführten. Darunter gehören also insbesondere alle im Betriebe beschäftigten Personen, soweit sie nicht Betriebsunternehmer, Bevollmächtigte oder Repräsentanten, Betriebs- oder Arbeiteraufseher sind, insbesondere Mitarbeiter, ferner Betriebsfremde. Diese behalten also ihre Ansprüche, soweit sie nicht auf die Berufsgenossenschaft übergehen. Dieser Uebergang ist noch kurz zu würdigen.

1. Der Uebergang betrifft lediglich gesetzliche Ansprüche. Den Gegensatz bilden die vertragsmäßigen, z. B. dem Arbeiter auf Grund eines privaten Unfallversicherungsvertrages zustehenden. Andererseits gehen auch alle gesetzlichen Ansprüche über, also nicht nur die auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Dritten beruhenden, sondern auch z. B. die auf § 833 BGB. gegründeten.

2. Der Anspruch geht über im Umfange der durch die Versicherungsgesetze begründeten Entschädigungspflicht der Berufsgenossenschaft. Die Frage, ob ein Betriebsunfall vorliegt und ob die Leistungen der Berufsgenossenschaft dem Gesetz entsprechend bemessen sind, unterliegt hier, in Ermangelung einer entgegenstehenden Vorschrift der Versicherungsgesetze, der Nachprüfung der Zivilgerichte. Diese haben daher Einwendungen, es liege kein Betriebsunfall vor, oder es seien die Voraussetzungen des § 18 Gew.Unf.Verf.G. nicht gegeben, selbst dann selbständig zu würdigen, wenn hierüber schon eine Entscheidung des Schiedsgerichtes oder des Reichsversicherungsamtes ergangen ist (siehe insbesondere RG. Bd. 55 S. 385 ff. und dort zitierte).

3. Wichtig ist der Zeitpunkt, in dem die Ansprüche übergehen. Hier hält das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung (insbesondere Bd. 55 S. 385 und dort zitierte Entsch.) daran fest, daß der Uebergang nicht im Augenblicke der Entstehung des Entschädigungsanspruches, sondern erst dann auf die Berufsgenossenschaft übergeht, wenn diese ihre Entschädigungspflicht gegenüber dem Verletzten bzw. dessen Hinterbliebenen festgestellt hat. Daraus ergibt sich die weitere Folge, daß bis zu letzterem Zeitpunkte der Verletzte über den Anspruch in vollem Umfange verfügen, daher auf ihn verzichten, ihn, vorbehaltlich der Bestimmung der §§ 400, 850 Abs. III CPO. übertragen und verpfänden, insbesondere aber sich mit dem Ersatzpflichtigen vergleichen kann. Eine derartige Verfügung muß die Berufsgenossenschaft gegen sich gelten lassen.

## Mitteilungen aus der Praxis.

**Unfallfürsorge für Gefangene.** Der Gedanke einer Unfallfürsorge für Gefangene konnte sich nur sehr langsam durchringen. Die Gegner wiesen darauf hin, daß mit einer Unfallfürsorge Leuten, welche sich unter Umständen auf das schwerste gegen die Gesellschaft verfehlt hätten und die deshalb von dieser ausgeschlossen wären, schließlich das Gefängnis als Rentenberechtigte verließen, sonach für ihre Verfehlungen noch Belohnungen erhielten. Außerdem machten sie geltend, daß die Disziplin in den Gefängnissen sehr geschädigt würde, wenn die Gefangenen mit den Vorständen der Gefängnisse über ihre angeblichen Rechte verhandeln dürften. Von der anderen Seite wurde dagegen eingewendet, daß Personen, welche sich gegen die Gesellschaft vergangen hätten, allerdings dafür büßen müßten, daß es aber ein außerhalb des Zwecks des Strafvollzugs liegendes Uebel wäre, wenn man Gefangene, welche bei einer Gefängnisarbeit einen Unfall erlitten hätten und vielleicht lebenslänglich in ihrer Erwerbsfähigkeit beschränkt blieben, ohne Entschädigung in den Fällen ließe, in denen freie Arbeiter eine Unfallrente erhalten würden. Nicht unbeachtet dürfe auch bleiben, machte man weiter geltend, daß der Gefangene vielfach nicht allein unter den Folgen des Unfalls zu leiden hätte, daß vielmehr auch seine Familie und die zur Armenpflege verpflichteten Verbände in Mitleidenschaft gezogen würden.

In der XVII. Kommission des Reichstags, welche mit der Vorberatung des Entwurfs eines Gesetzes, betreffend die Abänderung der Unfallversicherungsgesetze befaßt war, kam diese Frage zur Besprechung. Es wurde damals der förmliche Antrag gestellt, dem § 1 einen besonderen § 1x zuzufügen, dahingehend, daß die unfreien Arbeiter gegen die Folgen der bei ihrer Arbeit sich ergebenden Unfälle ebenso versichert würden, wie freie Arbeiter bei gleichen Arbeiten. Dieser Antrag wurde jedoch abgelehnt und nur die Resolution angenommen: „Der Reichstag wolle beschließen, die verbündeten Regierungen zu ersuchen, dem Reichstag noch vor dem Beginne der weiteren Plenarberatung über den vorliegenden Gesetzentwurf einen Gesetzentwurf zum

Zwecke der Ausdehnung der Unfallversicherung für die Strafgefangenen vorzulegen".

In der Sitzung des Reichstags vom 10. Februar 1897 erstattete Freiherr v. Stumm-Halberg den Bericht über die Resolution. Aus der Mitte des Reichstags wurden nur von dem Abgeordneten Dr. Vielhaben Einwendungen dagegen erhoben, während die übrigen Redner, welche sich hierzu äußerten, ihre Zustimmung erklärten. Auch der Regierungsvertreter Dr. v. Bötticher äußerte in der Hauptsache nur Bedenken formaler Natur.

Der hier gegebenen Anregung entsprechend wurde unterm 30. Januar 1900 dem Reichstag der Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Unfallfürsorge für Gefangene, nebst Begründung zur verfassungsmäßigen Beschlußfassung vorgelegt. Dieser Entwurf wurde in der Fassung, welche ihm der Reichstag gegeben hatte, am 30. Juni 1900 zum Gesetz erhoben und wurde dem Vorbehalt des § 27 dieses Gesetzes entsprechend durch die Kaiserl. Verordnung vom 24. November 1902 der Termin für das Inkrafttreten des Gesetzes bestimmt und dieser auf den 1. April 1903 festgesetzt. Das Gesetz ist sonach seit 1³/₄ Jahren in Kraft.

Ueber die Wirkungen des Gesetzes während dieses Zeitraums wird sich die Statistik auslassen. Die Auslegung, welche das Gesetz während seiner Herrschaftsdauer erfahren hat, ist naturgemäß aus der Statistik nicht zu ersehen. Für eine gleichmäßige Anwendung des Gesetzes wäre es aber wünschenswert, die Auffassungen der verschiedenen Ausführungsbehörden kennen zu lernen. Um hierzu eine Anregung zu geben, soll nachstehend die Spruchpraxis der bayerischen Ausführungsbehörde während dieses Zeitraums, soweit sie allgemeineres Interesse beanspruchen kann, in einem kurzen Umrisse gegeben werden.

Bis jetzt hat diese in mehreren Entscheidungen sich dahin ausgesprochen, daß Gefangene wegen der Unfälle, welche sie bei der Verrichtung sogenannter Hausarbeiten — beim Reinigen der Hafträume, beim Scheuern und Putzen 2c. 2c. — erleiden, eine Entschädigung nicht erhalten, da auch freie Arbeiter gegen solche Unfälle nicht versichert seien. Diese Entscheidung wird sich wohl mit Notwendigkeit aus dem § 1 des Gesetzes vom 30. Juni 1900 ergeben.

Weniger einfach gelagert war der Fall, mit dem sich die bayerische Ausführungsbehörde in ihrer Sitzung vom 24. Dezember 1904 beschäftigte. Er soll daher hier etwas ausführlicher behandelt werden.

In der Strafanstalt K. werden durchschnittlich 63 Gefangene in der Schuhmacherei beschäftigt. Der Hauptbetrieb der Schuhmacherei besteht in der Herstellung von Halbfabrikaten und es finden hierbei regelmäßig 57 Gefangene Verwendung. Man bezeichnet diesen Teil des Betriebs mit „leichte Schuhmacherei", weil bei den hierzu verwendeten Gefangenen der Besitz technischer Kenntnisse nicht Voraussetzung ist. Mit der Herstellung fertiger Schuhwaren und der Reparatur von solchen werden gewöhnlich nur 6 Gefangene beschäftigt und bezeichnet man diesen Teil des Betriebs mit „schwere Schuhmacherei", weil hierzu nur solche Gefangene verwendet werden können, welche das Schuhmacherhandwerk in der Freiheit berufsmäßig betrieben haben. In der Abteilung „schwere Schuhmacherei" erlitt nun ein Gefangener während der Arbeit eine Verstauchung des Daumens der rechten Hand und war bei seiner Entlassung noch erwerbsbeschränkt. Seinem Antrage auf Entschädigung wurde auch durch Bescheid der bayerischen Ausführungsbehörde vom 24. Dezember 1904 entsprochen. In der Begründung des Bescheids ist ausgeführt, daß nach dem Wortlaute des Reichsgesetzes vom 30. Juni 1900, seiner Entstehungsgeschichte und den Motiven dazu die Gefangenen in bezug auf Unfallfürsorge den freien Arbeitern tunlichst gleichgestellt werden sollten. Für die Frage, ob der Verletzte für die Folgen des erlittenen Unfalls einen Anspruch auf Entschädigung habe, sei daher die Lösung der Vorfrage entscheidend, ob der Verletzte als freier Arbeiter im gleichen Falle versichert gewesen wäre. Um zu einem richtigen Standpunkte dieser Vorfrage gegenüber zu gelangen, sei es notwendig, zu unterstellen, der Schuhmachereibetrieb mit allen seinen Einrichtungen und Einteilungen, wie er in der Strafanstalt K. bestehe, werde von einem Privaten geleitet. In diesem Falle würde zweifellos schon der wirtschaftliche Zweck des Unternehmens den Betrieb als einheitlichen kennzeichnen und sofort ersehen lassen, daß die verschiedenen Abteilungen des Betriebs der Aufgabe einer rationellen Arbeitsteilung und der entsprechenden Verwendung der Arbeitskräfte dienen. Der Verletzte hätte demnach bei seiner Verwendung als freier Arbeiter in einem derartigen Betriebe fraglos einen Anspruch auf eine Unfallrente gehabt; als Gefangener dürfe er aber, wie bereits bemerkt worden sei, nicht ungünstiger gestellt werden, als er es als freier Arbeiter gewesen wäre. Darnach müsse dem Antrage auf Entschädigung entsprochen werden.

Endlich mußte die bayerische Ausführungsbehörde auch Stellung zu der Frage nehmen, welchen Einfluß es auf den Entschädigungsanspruch eines verletzten Gefangenen hat, wenn die Zahl der in einem bestimmten Arbeitsbetriebe beschäftigten Gefangenen zeitweilig weniger als 10 beträgt. Gerade bei den Amtsgerichtsgefängnissen und mitunter auch bei den kleineren Landgerichtsgefängnissen unterliegt der Gefangenenstand häufigen Schwankungen. Die Arbeit für fremde Rechnung — und um diese kann es sich nur allein handeln — besteht in vielen Gefängnissen ausschließlich im Kleinmachen von Holz. Auch der Anfall dieser Arbeit unterliegt in den verschiedenen Jahreszeiten größeren Schwankungen. Es ist klar, daß der Entschädigungsanspruch von der zufälligen Anzahl der Gefangenen, welche bei der Arbeit zur Zeit des Unfalls beschäftigt waren, nicht abhängig gemacht werden kann, da daraus naturgemäß große Unzuträglichkeiten entstehen müßten. Die Ausführungsbehörde für Bayern legte daher bei ihren Entscheidungen das ausschlaggebende Gewicht auf die Durchschnittszahl der während der eigentlichen Arbeitssaison in der Regel bei einem bestimmten Arbeitszweig beschäftigten Gefangenen.

Oberstaatsanwalt Zöller in München.

---

**Zu § 570 BGB.** § 570 BGB. bestimmt, daß Militärpersonen, Beamte, Geistliche und Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten im Falle der Versetzung an einen anderen Ort das Mietverhältnis in Ansehung der von ihnen oder ihrer Familie an dem bisherigen Garnisons- oder Wohnort unter Einhaltung der gesetzlichen Frist kündigen können, daß die Kündigung aber nur für den ersten Termin erfolgen kann, für den sie zulässig ist. Das Bürgerliche Gesetzbuch gibt weder hier noch an anderen Stellen, an welchen es von Beamten spricht, einen Aufschluß darüber, wer zu den Beamten zu rechnen ist. Es sind

darunter zweifellos dieselben Personen zu verstehen, welche nach § 359 StrGB. als Beamte betrachtet werden. § 570 BGB. findet, wie sich aus dem Wortlaut ergibt, bei jeder Versetzung, auch derjenigen, welche auf Wunsch des Versetzten erfolgt, Anwendung (vgl. die Kommentare von Staudinger und Planck zu § 570). Eine praktische Bedeutung hat die Bestimmung nur, wenn eine längere als vierteljährige Kündigungsfrist vereinbart ist, oder die vierteljährige Kündigung nur am 1. Tage des Kalendervierteljahres erfolgen kann. Die gesetzliche Frist, welche nach § 570 a. a. O. eintritt, ist nämlich, auch wenn der Mietzins nach Monaten oder kürzeren Zeitfristen bemessen ist, eine vierteljährige, die Kündigung ist nur für den Schluß des Kalendervierteljahres zulässig und hat bis spätestens am 3. Werktage des Vierteljahrs zu erfolgen. Dies ergibt sich aus BGB. § 565 Abs. IV im Zusammenhalt mit Abs. I Satz 1. Von wann an die Kündigung nach § 570 l. c. erfolgen kann, darüber enthält diese Bestimmung nichts. Es heißt lediglich, „im Falle der Versetzung kann der Mieter unter Einhaltung der gesetzlichen Frist kündigen". Kann der Mieter nun bereits kündigen, wenn er seine Versetzung erfährt, oder erst wenn sie ihm amtlich mitgeteilt wird, oder erst von dem Tage an, an welchem er die neue Stelle anzutreten hat? Nach dem Zwecke, welchen die Bestimmung des § 570 verfolgt, wird man annehmen müssen, daß der Versetzte kündigen kann, sobald er in irgend einer Weise von der Versetzung erfährt, daß er aber erst zu kündigen braucht, wenn ihm die Versetzung amtlich mitgeteilt ist. Letzterer Fall kann deshalb von Belang sein, weil die Kündigung nur auf dem ersten Termine erfolgen kann, für den sie zulässig ist. Im ersteren Fall muß zur Zeit der Kündigung die Versetzung bereits beschlossen sein. Eine Kündigung nach § 570 a. a. O. lediglich in Erwartung der Versetzung wäre nicht gültig, auch wenn später die Versetzung noch vor Ablauf der in § 565 Abs. I Satz 1 bestimmten Kündigungsfrist erfolgen würde. Auf die Bestimmung des § 570 kann, da sie keinen zwingenden Charakter trägt, verzichtet werden (vgl. Staudinger, Komm. z. BGB. Anm. III zu § 570).

Amtsrichter Kraus in München.

---

**Zu § 2065 Abs. 2 BGB.** Im April 1901 starb in M. der Kgl. Notar a. D. N. Er hinterließ ein eigenhändiges Testament vom 9. März 1900. In diesem bestimmte er einen Betrag von etwa 100 000 Mk. zu Stiftungszwecken und setzte im übrigen als Erben seines beträchtlichen Vermögens „die ärmste Gemeinde des Kreises Sch." ein mit dem Anfügen, daß diese der Regierungspräsident des Kreises Sch. bestimmen solle. Die Gültigkeit dieser Erbeseinsetzung wurde in Zweifel gezogen im Hinblick auf die Vorschrift des § 2065 Abs. II BGB., wonach der Erblasser die Bestimmung der Person, die eine Zuwendung erhalten soll, nicht einem Dritten überlassen kann. Mit Unrecht. Die Vorschrift des § 2065 Abs. II bezweckt jedwede Einwirkung des rein persönlichen, subjektiven Ermessens eines Dritten auf die letztwillige Verfügung des Erblassers, in einer dessen Willen ersetzenden oder auch nur ergänzenden Weise, auszuschließen. Es soll demnach die Bestimmung der Person des Bedachten weder dem vernünftigen Ermessen eines andern übertragen, noch von einer reinen Willkürhandlung eines Dritten abhängig gemacht werden können. (M. V S. 35.) Dies trifft jedoch in einem Falle wie dem hier vorliegenden nicht zu. Dadurch, daß der Erblasser die ärmste Gemeinde eines Regierungsbezirkes zum Erben eingesetzt hat, ist die von ihm bedachte Rechtspersönlichkeit klar und unzweideutig bestimmt. Die Anordnung des Erblassers, daß der Regierungspräsident diese Gemeinde bestimmen soll, ändert hieran nichts. Wäre sie nicht getroffen, so hätte gegebenenfalls das Nachlaßgericht durch geeignete Ermittelungen die bedachte Gemeinde festzustellen, im Streitfalle unter Umständen das Prozeßgericht hierüber zu entscheiden. Diese die Persönlichkeit des Bedachten ermittelnde Tätigkeit kommt hier dem vom Erblasser hiermit letztwillig betrauten Dritten zu; er leistet hierbei die nötige sachliche Hilfe. Diesen Fall trifft die Vorschrift des § 2065 Abs. II BGB. nicht. Offen bleibt in Fällen solcher Art die Frage, ob die von dem Dritten getroffene Entscheidung der Anfechtung unterliegt. Maßgebend ist hier der Wille des Erblassers. Ist aus dessen Verfügungen zu entnehmen oder sonstwie festzustellen, daß der Dritte nach der Absicht des Erblassers die Persönlichkeit des Bedachten an Stelle des sonst hiefür zuständigen Richters zu ermitteln, also gewissermaßen als Schiedsrichter tätig zu sein hat, so ist für eine richterliche Nachprüfung und Aenderung der Entscheidung kein Raum. Dies wird der Regelfall sein (Prot. V S. 20). Das Nachlaßgericht hat alsdann bei Erbeseinsetzung der von dem Dritten bestimmten Person auf Antrag ohne weitere Prüfung Erbschein zu erteilen. Ist nach Sachlage anzunehmen, daß der Erblasser den Rechtsweg nicht ausschließen wollte, so ist es auch dem Nachlaßgerichte im Erbscheinsverfahren unbenommen, nötigenfalls gemäß §§ 2358, 2359 BGB. von Amts wegen die Richtigkeit der getroffenen Bestimmung zu prüfen und den gestellten Erbscheinsantrag abzuweisen, wenn sich diese Bestimmung als unrichtig erweist.

Amtsrichter Dr. Koch in München.

---

**Vertretung der Aktiengesellschaft.** Der in Nr. 2 S. 54 ff. dieser Zeitschrift von Herrn Amtsrichter Dr. Adelmann vertretene Standpunkt ist als allein dem Gesetze entsprechend zu erachten. Nicht selten kehrt in Statuten von Aktiengesellschaften die von einzelnen Register-Gerichten anstandslos in das Register eingetragene Bestimmung wieder, daß auch im Falle des Vorhandenseins nur eines Vorstandsmitgliedes dieses nur zusammen mit einem Prokuristen für die Aktiengesellschaft solle handeln können. Für die Zulässigkeit einer solchen Beschränkung spricht sich Staub in Anm. 17 S. 700 und 701 zu § 232 HGB. aus. Er rechtfertigt diese Ansicht durch den Hinweis auf § 125 HGB. und auf die Denkschrift S. 139; vgl. Hahn, Mater. Bd. 6 S. 306. Die Verweisung der Denkschrift auf die Analogie des § 125 HGB. (§ 123 des Entw.) ist flüchtig und eigentlich doch nur im Zusammenhang mit dem Fall zu bringen, daß der Vorstand aus mehreren Mitgliedern besteht. Nur in einem solchen Falle ist eine Beschränkung dadurch möglich, daß das Handeln des betreffenden einzelnen von mehreren Vorstandsmitgliedern an die Mitwirkung eines Prokuristen gebunden wird (vgl. § 232 Abs. 2 HGB.). Das neue Handelsgesetzbuch war weit davon entfernt, etwas Neues hinsichtlich der Vertretungsbefugnis des Vorstandes im Vergleiche mit dem alten Rechte schaffen zu wollen, sondern wollte

nur das bestehende Recht kodifizieren (vgl. für das frühere Recht das Lehrbuch von Behrend S. 845 Note 12). Der Hinweis auf § 125 HGB. ist unbehelflich, weil die Struktur der Aktiengesellschaft vollständig verschieden von der der offenen Handelsgesellschaft ist. § 232 Abs. 2 HGB. behandelt überhaupt nicht den Fall der Beschränkung in der Vertretungsbefugnis, wenn nur ein Mitglied des Vorstandes vorhanden ist, sondern den Fall, daß der Vorstand aus mehreren Mitgliedern besteht. § 231 a. a. O. bestimmt ausdrücklich, daß die Aktiengesellschaft durch „den Vorstand" gerichtlich und außergerichtlich vertreten wird. Diese Anordnung enthält zwingendes Recht, das durch Vereinbarung (Statut der Gesellschaft), z. B. eine Beschränkung der gedachten Art, nicht geändert werden kann; Satz 1 Abs. 2 des § 235 erklärt eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis nach außen als unwirksam; Anordnungen in dem mehrerwähnten Sinne können nur für das innere Verhältnis des Vorstandes zur Gesellschaft getroffen werden. Der hier vertretene Standpunkt wird auch von Pinner in Holdheims Monatsschrift Jahrg. 1899 S. 257 geteilt. Für die Gesellschaften mit beschränkter Haftung haben die gleichen Grundsätze zu gelten. Ist nur ein Geschäftsführer vorhanden, so kann er in seinen Rechten und seinen Pflichten zur Vertretung der Gesellschaft nicht dadurch beschränkt werden, daß er an die Mitwirkung eines Prokuristen gebunden wird; §§ 35, 37 Abs. 2 des Ges. über Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

Justizrat Dr. Frankenburger in München.

---

**Aufschub der Strafvollstreckung.** Die Berechnung des viermonatigen Zeitraums, für den die bayerischen Staatsanwälte in gewissen Fällen den Aufschub der Vollstreckung von Freiheitsstrafen und die Stundung von Geldstrafen bewilligen und die Entrichtung von Geldstrafen in Teilbeträgen gestatten können, ist geregelt durch die Justizministerialentschließung vom 3. Januar 1900 Nr. 322 des Betreffs: der Aufschub der Strafvollstreckung. Sie geht im Prinzipe davon aus, daß dieser Zeitraum von dem Tage zu berechnen ist, an dem die die Freiheitsstrafe oder die Geldstrafe festsetzende Entscheidung vollstreckbar wurde, und zieht hieraus im einzelnen die Folgerung, daß der Beschluß des Reichsgerichts, durch den nach § 389 der StPO. die Revision als unzulässig verworfen wird, von dem Tage der Erlassung des Beschlusses, nicht etwa vom Tage der Zustellung des Beschlusses an wirksam, und daß von da an das angefochtene Urteil rechtskräftig und vollstreckbar wird. In den Beschlüssen vom 6. Okt. 1903 und vom 1. Juli 1904 (Bd. IV S. 70 und S. 370 der Sammlung) hat sich das Oberste Landesgericht im Anschlusse an die wohl zutreffenden Gründe des Beschlusses des Oberlandesgerichts Rostock vom 4. Nov. 1896 (Goltd. Archiv Bd. 44 S. 281) auf den Standpunkt gestellt, daß Beschlüsse des Reichsgerichts, durch die die Revision als unzulässig verworfen wird, mit dem Zeitpunkt „der Zustellung an den Oberreichsanwalt", nicht also schon mit der Erlassung wirksam werden, und daß von da an die Möglichkeit der Vollstreckung des Urteils besteht. Es wird dem grundsätzlichen Standpunkte der genannten Justizministerialentschließung entsprechen, diese Auffassung des Obersten Landesgerichts auch bei Berechnung des obenbezeichneten viermonatigen Zeitraums zugrunde zu legen.

II. Staatsanwalt Schiedermair in Nürnberg.

**Oeffentliche Zustellungen an ungehorsame Zeugen im Strafprozesse.** Wenn der gegen einen ungehorsamen Zeugen ergangene Beschluß diesem zugestellt werden soll, so macht der Staatsanwalt sehr häufig die Wahrnehmung, daß der Aufenthalt des Zeugen unbekannt ist und auch nicht ermittelt werden kann. Soviel mir bekannt, geht die Praxis dahin, daß dann der Staatsanwalt ohne weiteres die öffentliche Zustellung verfügt. Dieses Verfahren dürfte nicht bedenkenfrei sein. Wie Löwe § 40 Anm. 1 (vgl. auch § 37 Anm. 24) mit Recht ausführt, gilt die Vorschrift des § 40 StPO. nur für Zustellungen an den Beschuldigten, nicht für Zustellungen an andere Personen. Auf das Verfahren bei Zustellungen an diese finden nach § 37 StPO. die Vorschriften der CPO. entsprechende Anwendung. Der hier in Betracht kommende § 204 CPO. lautet in seinem Abs. 1 Satz 1: „Die öffentliche Zustellung wird, nachdem sie auf ein Gesuch der Partei vom Prozeßgerichte bewilligt ist, durch den Gerichtsschreiber von Amts wegen besorgt." Die entsprechende Anwendung dieser Vorschrift führt zu folgendem Ergebnisse: Wenn der Aufenthalt des ungehorsamen Zeugen nicht ermittelt werden kann, so hat der Staatsanwalt an die Strafkammer ein Gesuch um Bewilligung der öffentlichen Zustellung zu richten; hat das Gericht dann die Bewilligung erteilt, so hat der Gerichtsschreiber die öffentliche Zustellung von Amts wegen zu besorgen.

II. Staatsanwalt Meifel in München.

---

**Wann beginnt die Ausschlagungsfrist für einen pflichtteilsberechtigten Nacherben? (§§ 2142, 2306 BGB.).** Für den pflichtteilsberechtigten Nacherben beginnt die Ausschlagungsfrist erst mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge (Wegfall des Vorerben), nicht aber mit dem Zeitpunkte, in dem er von seiner Einsetzung als Nacherbe Kenntnis erlangt hat; im Falle des § 2306 beginnt sie ferner nicht, bevor dem Pflichtteilsberechtigten Kenntnis von der Beschränkung zugekommen ist. (Urt. des Kammerger. vom 9. Mai 1902 Rechtspr. d. OLG. Bd. 5 S. 234). Der Pflichtteilsberechtigte kann aber von der Befugnis des § 2142 Gebrauch machen und schon vor dem Zeitpunkt, mit dem für ihn der Lauf der Ausschlagungsfrist begann, die Ausschlagung des ihm hinterlassenen Erbteils erklären. Er muß dies auch tun, wenn er sofort seinen Pflichtteil verlangen will. (Oberlandesgericht Posen, Urt. vom 30. Juni 1904, Posener Monatsschrift 1904, 108—109; Oberlandesgericht Zweibrücken, Urt. vom 18. Mai 1904;[1]) ebenso Wegmann, Württembergische Zeitschrift für Freiwillige Gerichtsbarkeit 1903, 162; a. M. Landgericht Naumburg (Zeitschrift der Anwaltskammer Naumburg 1902, 73); Rechtspr. d. OLG. Bd. 5 S. 359; Freudenthal in der Deutschen Juristen-Zeitung 1903, 364). Das Urteil des OLG. Zweibrücken ist nunmehr vom Reichsgericht durch das Urteil vom 5. Januar 1905 (IV 320/04) bestätigt worden.[2])

Dr. Scherer, Rechtsanwalt am Reichsgericht.

---

[1]) Wir haben dieses Urteil mit ausführlicher Wiedergabe der Gründe in Nr. 3 der Zeitschrift S. 84, 85 veröffentlicht.

[2]) Einen Auszug aus den Gründen, die uns in dankenswerter Weise zugänglich gemacht wurden, enthält diese Nummer auf S. 106.



# Aus der Praxis der Gerichte.

## Reichsgericht.

### A. Zivilsachen.

I.

**Zu Art. 189 EG. z. BGB., Art. 14 bayer. Not.Ges. von 1861, §§ 313, 823, 826 BGB.** Art 189 EG. bezieht sich nur auf dingliche, nicht auf obligatorische Rechtsverhältnisse. — Nimmt der Verkäufer eines Grundstücks mit Posthalterei seinen zu deren Verleihung an den Käufer notwendigen Verzicht darauf später zurück, so muß darin nicht immer arglistiges oder unsittliches Handeln gefunden werden.

Gründe: Der Berufungsrichter hält den Klageanspruch, soweit er auf ein Vertragsfundament gestützt ist — Vereinbarung des Mitüberganges der Posthalterei auf den Kläger — deshalb für hinfällig, weil eine solche Vereinbarung, die nach Angabe des Klägers nur mündlich getroffen sein soll, zu ihrer Wirksamkeit der Aufnahme in den notariellen Vertrag bedurft hätte. Dies ergebe sich aus Art. 14 bayer. Not.Ges. vom Jahre 1861, der gemäß Art. 189 EG. z. BGB. zur Anwendung kommen müsse, da das Grundbuch in dem Bezirke, in dem das Grundstück liegt, noch nicht angelegt sei. Letztere Ansicht ist allerdings rechtsirrig. Denn, wie das RG. bereits wiederholt ausgesprochen hat, bezieht sich die zitierte Vorschrift des EG. ausschließlich auf dingliche Rechtsverhältnisse. Die obligatorischen Beziehungen aus einem Vertrage über ein Grundstück, der nach dem Inkrafttreten des BGB. geschlossen ist, unterliegen, gleichviel ob das Grundbuch bereits angelegt ist oder nicht, den Vorschriften des neuen Rechts. Der erwähnte Rechtsirrtum ist indessen ohne Belang, weil der anzuwendende § 313 BGB. sachlich dasselbe bestimmt wie der Art. 14 des bayer. Not.Ges. Bezüglich des zweiten Klagegrundes — Arglist — erwägt der Berufungsrichter, daß § 823 BGB. auf Schuldverhältnisse überhaupt keine Anwendung finde und daß für die Anwendung des weiterhin in Frage kommenden § 826 BGB. es im vorliegenden Falle an den tatsächlichen Voraussetzungen fehle . . . Der Angriff hiegegen scheitert an den tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils. Sie gehen nicht bloß dahin, daß dem Erblasser des Beklagten die schädigende Absicht bei seiner nachträglichen Zurücknahme des Verzichts auf die Posthalterei fern gelegen habe, sondern der Berufungsrichter nimmt, wie der Zusammenhang seiner Ausführungen ergibt, ferner auch für erwiesen an, der Erblasser des Beklagten habe geglaubt, daß dem Kläger die Posthalterei wegen der gegen ihn vorliegenden Bedenken überhaupt nicht werde verliehen werden. Darnach konnte von seinem Bewußtsein, durch seine Handlungsweise den Kläger zu schädigen, nicht die Rede sein. Ebensowenig verstieß die Zurücknahme des Verzichts in objektiver Hinsicht gegen die guten Sitten, da dem Erblasser der Beklagten nach dem oben Bemerkten eine rechtsverbindliche Vertragspflicht, die Posthalterei zugunsten des Klägers aufzugeben, nicht oblag, hieraus aber die Befugnis, die bereits abgegebene Verzichtserklärung wieder zurückzunehmen, ohne weiteres folgte. (Urt. v. 28. Dezember 1904 V 1 04.) —r.

II.

**Beginn der Ausschlagungsfrist für den pflichtteilsberechtigten Nacherben (§§ 2306, 2142 BGB.)**[1]

Aus den Gründen: Ist ein als Erbe berufener Pflichtteilsberechtigter durch die Einsetzung eines Nacherben beschränkt, so gilt die Beschränkung als nicht angeordnet, wenn der ihm hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht übersteigt. Ist der hinterlassene Erbteil größer, so kann der Pflichtteilsberechtigte den Pflichtteil verlangen, wenn er den Erbteil ausschlägt. Dies bestimmt § 2306 Abs. 1 BGB. Einer Beschränkung der Erbeinsetzung steht es, wie § 2306 Abs. 2 BGB. bestimmt, gleich, wenn der Pflichtteilsberechtigte als Nacherbe eingesetzt ist. Hienach gilt für den pflichtteilsberechtigten Nacherben auch der Satz, daß er, falls der hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils übersteigt, den Pflichtteil verlangen kann, wenn er den Erbteil ausschlägt. § 2306 Abs. 1 BGB. bestimmt ferner, daß die Ausschlagungsfrist erst beginnt, wenn der Beschränkte von der Beschränkung Kenntnis erlangt. Es fragt sich nun, welche Bedeutung dieser Bestimmung zukommt. Der Wortlaut ist klar. Bevor der Beschränkte von der Beschränkung erfährt, soll die Frist nicht beginnen. Erst mit dem Zeitpunkt, in dem er die Kenntnis erlangt, ist Beginn der Frist möglich. Der Gebrauch des Wörtchens „erst" deutet an, daß es sich hier um eine Hinausschiebung eines sonst früher eintretenden Anfangspunktes handelt und nicht um eine Bestimmung in dem Sinne, daß als Anfang der Frist stets der Zeitpunkt der Erlangung der Kenntnis von der Beschränkung gelten solle. Wäre letzteres beabsichtigt, so hätte es näher gelegen, die Bestimmung unter Weglassung des Wörtchens „erst" dahin zu fassen: „die Ausschlagungsfrist beginnt, wenn er von der Beschränkung Kenntnis erlangt." In der Tat bedeutet die Bestimmung eine zugunsten der Beschränkten angeordnete Hinausschiebung des Fristbeginnes gegenüber den allgemeinen Bestimmungen. Sie dient nur dem selbstverständlichen Schutzbedürfnisse, daß ein Erbe, der von der Beschränkung nichts erfährt und darum die Ausschlagungsfrist versäumt, doch nicht, was sonst nach der Regel des § 1943 BGB. unausbleiblich wäre, wie ein Erbe angesehen werden kann, der die ihm angefallene Erbschaft angenommen hat. Darum hat die Bestimmung die Eigenschaft einer Ausnahme. Nach § 1944 Abs. 2 BGB. beginnt für den Erben die Ausschlagungsfrist mit dem Zeitpunkt, in welchem er von dem Anfall der Erbschaft und dem Grunde der Berufung erfährt, jedoch, wenn er durch Verfügung von Todes wegen berufen ist, nicht vor der Verkündung. Dem Nacherben fällt nach § 2139 BGB. die Erbschaft erst an, wenn der Vorerbe aufhört, Erbe zu sein. Die Kenntnis von dem Anfall der Erbschaft an den Nacherben kann natürlich nicht früher entstehen als die Tatsache des Erbanfalls. Mithin kann für den Nacherben die Ausschlagungsfrist nicht beginnen, bevor der Fall der Nacherbfolge eingetreten ist. An dieser Fristberechnung wird dadurch nichts geändert, daß der § 2142 Abs. 1 BGB. dem Nacherben das Recht einräumt, die Erbschaft auszuschlagen, sobald der Erbfall, d. h. der Anfall der Erbschaft an den Vorerben, eingetreten ist. Während es in seinem Belieben steht, von diesem Rechte Gebrauch zu machen, ist er gezwungen, die Ausschlagungsfrist zu wahren. Nach diesen Vorschriften beginnt also für den als Nacherben eingesetzten Pflichtteilsberechtigten die Ausschlagungsfrist frühestens mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge. Demgegenüber bezweckt die Bestimmung im § 2306 nicht eine Schmälerung sondern eine Erweiterung der Rechte des Nacherben. Für den Nacherben bleibt es bei der Regel, daß die Frist mit dem Zeitpunkte beginnt, in dem er von dem Anfall der Erbschaft Kenntnis erlangt. Fällt aber die Erlangung der Kenntnis von der Beschränkung der Erbeinsetzung in einen späteren Zeitpunkt, so beginnt ausnahmsweise die Ausschlagungsfrist erst in diesem. Eine Nötigung des pflichtteilsberechtigten Nacherben, sich über die Ausschlagung der Nacherbschaft früher, als nach den allgemeinen Bestimmungen erforderlich,

[1] Durch das hier mitgeteilte Erkenntnis wurde das in Nr. 3 unserer Zeitschrift auf S. 84, 85 mitgeteilte Urteil des OLG. Zweibrücken bestätigt; vgl. auch die Mitteilung auf S. 105 dieser Nummer.

schlüssig zu machen, würde dahin führen, daß der pflichtteilsberechtigte Nacherbe ungünstiger gestellt wäre als der nicht pflichtteilsberechtigte Nacherbe, was der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann. Allerdings erheischt die Rücksicht auf den Vorerben, daß die Frage, ob der Nacherbe den Pflichtteil verlangen werde, nicht zu lange in der Schwebe bleibe, allein dieser Rücksicht tragen die Vorschriften über die Verjährung des Pflichtteilsanspruchs Rechnung. (Urt. des IV. ZS. vom 5. Januar 1905). — — — n.

III.

**Zu § 169 GFrG., § 286 ZPO.** Für die Frage, ob eine Person als taub ꝛc. anzusehen ist, kommt zunächst nur die Ueberzeugung der Urkunds-Person in Betracht.

Gründe: Nach § 169 kommt es nur darauf an, ob der den Vertrag beurkundende Notar die Ueberzeugung davon hatte, daß der Beteiligte taub sei; ob eine solche Ueberzeugung bei ihm vorhanden war oder nicht, ist wie jede andere tatsächliche Behauptung, wenn sie streitig wird, durch die Beweisaufnahme festzustellen. Befindet nun das Instanzgericht, daß die Aussage des Notars in dieser Beziehung ausschlaggebend sei und daß sie, weil es sich hiebei um Feststellung einer Ueberzeugung also einer innern Tatsache handelt, auch durch Gegenbeweismomente nicht erschüttert werden könne, so ist dies eine Würdigung, die ganz auf dem Gebiete der tatsächlichen Feststellung und Abmessung des Beweisergebnisses liegt und die daher der Nachprüfung in der Revisionsinstanz nicht ohne weiteres unterworfen ist. (Urt. V 366/04 vom 3. Dezember 1904.) —r.

IV.

**Zu § 319 ZPO.** Es war durch bedingtes Endurteil des Oberlandesgerichts in Breslau ein der Klägerin zugeschobener Eid, den sie angenommen hatte, normiert wie folgt: „Es ist nicht wahr, daß der Beklagte den Betrag, welchen ihm der Justizrat K. in G. im April 1898 auf die ihm von mir abgetretenen Brandentschädigungsgelder zugeschickt hatte, alsbald wieder an mich selbst oder zu Händen meines Ehemannes mit der Vereinbarung ausgezahlt hat, daß die Forderung des Beklagten an mich aus dem Urteile des K. Landgerichts in Görlitz vom 2. Juli 1897 fortbestehen und der hierauf bezügliche Schuldtitel in seinem Besitze bleiben sollte.“ Die Klägerin erklärte, bezüglich der angeblichen Zahlung an ihren Ehemann sei ihr bedenklich, einen Wahrheitseid zu leisten und beantragte, soweit Handlungen des Ehemannes in Frage stünden, den Eid in der Ueberzeugungsform leisten zu lassen. Das Oberlandesgericht normierte nunmehr durch Beschluß vom 11. November 1904 unter Bezug auf §§ 319 und 459 Abs. 3 ZPO. den Eid bezüglich der Zahlung an den Ehemann mit der Vereinbarung usw. in der Ueberzeugungsform. Die gegen diesen Berichtigungsbeschluß eingelegte Beschwerde des Beklagten bestritt die Anwendbarkeit des § 319, weil die im Urteil getroffene, möglicherweise fehlerhafte Entscheidung zur Zeit der Urteilsfindung so gewollt sei, wie sie ergangen ist. Die Beschwerde wurde mit folgender Begründung zurückgewiesen: Was die Frage der Zulässigkeit betrifft, so stimmt die vom Beschwerdeführer vertretene grundsätzliche Auffassung zwar mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts überein, in welcher stets anerkannt ist, daß, wenn die Entscheidung dem richterlichen Willen entspricht, ein rechtlicher oder tatsächlicher Irrtum, welcher diesen Willen herbeigeführt hat, die Anwendung des § 319 zu rechtfertigen nicht vermag. Für eine Anwendung dieses Grundsatzes ist hier aber im Hinblick auf die besondere Lage des Falles Raum nicht gegeben. Klägerin ist außerstande, über Handlungen ihres Ehemannes, die nicht in ihrer Gegenwart vorgenommen worden sind, und von denen sie aus eigener Wahrnehmung Kenntnis nicht hat, einen Wahrheitseid zu leisten, gerade auch solche Handlungen aber fallen in den Bereich des zu leistenden Eides. Weder konnte der Berufungsrichter, wenn er der Frage irgend näher trat, dies verkennen, noch auch rechtlich der Meinung sein, daß trotzdem die Klägerin auch in diesem Punkte einen Wahrheitseid zu leisten gesetzlich verpflichtet sei. Es liegt daher ein bloßes Uebersehen vor, welches seiner Beschaffenheit nach den Schreibfehlern und Rechnungsfehlern verwandt ist und von dem Begriffe „ähnliche offenbare Unrichtigkeiten“ umfaßt wird. In der Beschwerdeschrift ist noch zum Nachweise dafür, daß die Urteilsformel dem Willen des Gerichts entsprochen habe, auf einen Satz des Tatbestandes verwiesen, laut dessen der Beklagte den Eid in der Fassung der Formel des Urteils aufrecht erhalten hat und der Eid von der Klägerin angenommen ist; dieser Satz ergibt aber nicht, daß der Beklagte den Gegensatz von Wahrheitseid und Eid in der Ueberzeugungsform vor Augen gehabt und einen Eid der ersteren Art von der Klägerin hätte verlangen wollen, vielmehr handelt es sich dem Sinne nach nur um die Bezeichnung der Tatsachen, für welche der Eid als Beweismittel dienen sollte, und nur bezüglich ihrer wollte ersichtlich der Berufungsrichter Eideszuschiebung und Eidesnorm als miteinander übereinstimmend bezeichnen. (Beschluß des VII. ZS. vom 9. Dezember 1904.) [1])

Mitgeteilt von H. Meyer, Geh. Justizrat in Breslau.

---

B. Strafsachen.

**Zu § 181a StGB.** Unter Lebensunterhalt im Sinne des § 181a StGB. ist die Gesamtheit der Aufwendungen zu verstehen, welche nach den tatsächlichen Verhältnissen des praktischen Lebens im allgemeinen von einer männlichen Person zur Bestreitung ihrer gewöhnlichen Lebensbedürfnisse gemacht werden. Das Beziehen des teilweisen Lebensunterhalts von der Dirne aber kann auch dann vorliegen, wenn das, was der Zuhälter von ihr erhält, über das zum Lebensunterhalt Notwendige hinausgeht und, während er letzteres auf andere Weise erwirbt, zur Ermöglichung einer besseren und reichlicheren, mit an sich vermeidbaren Ausgaben verknüpften Lebensführung dient. Andererseits gehört zu dem in Rede stehenden Tatbestandsmerkmale, daß es sich nicht um einzelne Zuwendungen, sondern um ein vom Täter auf eine gewisse Dauer berechnetes Verhältnis handelt. (Vgl. Entsch. Bd. 35 S. 92.) Zum Tatbestandsmerkmale der „Ausbeutung“ genügt es, wenn der Zuhälter sein Verhältnis zur Dirne als Quelle für den eigenen Lebensunterhalt benützt und in diesem Sinne die von ihr gewerbsmäßig betriebene Unzucht eigennützig verwertet; ob die Prostituierte dem Täter den Unterhalt aus eigenem Antriebe gewährt oder hierzu von ihm veranlaßt wird, ist gleichgültig. (Vgl. Entsch. Bd. 34 S. 212.) Es gehört also auch nicht, wie die Revision meint, zum Begriffe der Ausbeutung, daß der Zuhälter die Gewalt, die er über die Dirne ausübt, dazu benützt, um von ihr Zuwendungen herauszulocken. Vielmehr sind die vom ersten Richter als erwiesen bezeichneten Tatsachen zur Feststellung des Merkmales der Ausbeutung in dem dargelegten Sinne durchaus ausreichend. Auch eine dem Manne gegen die Prostituierte zustehende Geldforderung und die Verrechnung des von letzterer zum Unterhalte Gegebenen auf diese

---

[1]) Diese Entscheidung zeigt einen erfreulichen Mangel an Formalismus. Daß der Senat des Berufungsgerichts nicht mit Bewußtsein der Klägerin rücksichtlich der Zahlung an ihren Ehemann und Vereinbarung mit diesem einen Wahrheitseid hat auflegen wollen, sondern einfach übersehen hat, daß auch Handlungen des Ehemannes dabei waren, kann wohl nicht zweifelhaft sein. Anm. des Mitteilers.

# Aus der Praxis der Gerichte.

## Reichsgericht.

### A. Zivilsachen.

I.

**Zu Art. 189 EG. z. BGB., Art. 14 bayer. Not.Ges. von 1861, §§ 313, 823, 826 BGB.** Art 189 EG. bezieht sich nur auf dingliche, nicht auf obligatorische Rechtsverhältnisse. — Nimmt der Verkäufer eines Grundstücks mit Posthalterei seinen zu deren Verleihung an den Käufer notwendigen Verzicht darauf später zurück, so muß darin nicht immer arglistiges oder unsittliches Handeln gefunden werden.

Gründe: Der Berufungsrichter hält den Klageanspruch, soweit er auf ein Vertragsfundament gestützt ist — Vereinbarung des Mitüberganges der Posthalterei auf den Kläger — deshalb für hinfällig, weil eine solche Vereinbarung, die nach Angabe des Klägers nur mündlich getroffen sein soll, zu ihrer Wirksamkeit der Aufnahme in den notariellen Vertrag bedurft hätte. Dies ergebe sich aus Art. 14 bayer. Not.Ges. vom Jahre 1861, der gemäß Art. 189 EG. z. BGB. zur Anwendung kommen müsse, da das Grundbuch in dem Bezirke, in dem das Grundstück liegt, noch nicht angelegt sei. Letztere Ansicht ist allerdings rechtsirrig. Denn, wie das RG. bereits wiederholt ausgesprochen hat, bezieht sich die zitierte Vorschrift des EG. ausschließlich auf dingliche Rechtsverhältnisse. Die obligatorischen Beziehungen aus einem Vertrage über ein Grundstück, der nach dem Inkrafttreten des BGB. geschlossen ist, unterliegen, gleichviel ob das Grundbuch bereits angelegt ist oder nicht, den Vorschriften des neuen Rechts. Der erwähnte Rechtsirrtum ist indessen ohne Belang, weil der anzuwendende § 313 BGB. sachlich dasselbe bestimmt wie der Art. 14 des bayer. Not.Ges. Bezüglich des zweiten Klagegrundes — Arglist — erwägt der Berufungsrichter, daß § 823 BGB. auf Schuldverhältnisse überhaupt keine Anwendung finde und daß für die Anwendung des weiterhin in Frage kommenden § 826 BGB. es im vorliegenden Falle an den tatsächlichen Voraussetzungen fehle . . . Der Angriff hiegegen scheitert an den tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils. Sie gehen nicht bloß dahin, daß dem Erblasser des Beklagten die schädigende Absicht bei seiner nachträglichen Zurücknahme des Verzichts auf die Posthalterei fern gelegen habe, sondern der Berufungsrichter nimmt, wie der Zusammenhang seiner Ausführungen ergibt, ferner auch für erwiesen an, der Erblasser des Beklagten habe geglaubt, daß dem Kläger die Posthalterei wegen der gegen ihn vorliegenden Bedenken überhaupt nicht werde verliehen werden. Darnach konnte von seinem Bewußtsein, durch seine Handlungsweise den Kläger zu schädigen, nicht die Rede sein. Ebensowenig verstieß die Zurücknahme des Verzichts in objektiver Hinsicht gegen die guten Sitten, da dem Erblasser der Beklagten nach dem oben Bemerkten eine rechtsverbindliche Vertragspflicht, die Posthalterei zugunsten des Klägers aufzugeben, nicht oblag, hieraus aber die Befugnis, die bereits abgegebene Verzichtserklärung wieder zurückzunehmen, ohne weiteres folgte. (Urt. v. 28. Dezember 1904 V 104.) —r.

II.

**Beginn der Ausschlagungsfrist für den pflichtteilsberechtigten Nacherben (§§ 2306, 2142 BGB.)**[1]

Aus den Gründen: Ist ein als Erbe berufener Pflichtteilsberechtigter durch die Einsetzung eines Nacherben beschränkt, so gilt die Beschränkung als nicht angeordnet, wenn der ihm hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht übersteigt. Ist der hinterlassene Erbteil größer, so kann der Pflichtteilsberechtigte den Pflichtteil verlangen, wenn er den Erbteil ausschlägt. Dies bestimmt § 2306 Abs. 1 BGB. Einer Beschränkung der Erbeinsetzung steht es, wie § 2306 Abs. 2 BGB. bestimmt, gleich, wenn der Pflichtteilsberechtigte als Nacherbe eingesetzt ist. Hienach gilt für den pflichtteilsberechtigten Nacherben auch der Satz, daß er, falls der hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils übersteigt, den Pflichtteil verlangen kann, wenn er den Erbteil ausschlägt. § 2306 Abs. 1 BGB. bestimmt ferner, daß die Ausschlagungsfrist erst beginnt, wenn der Beschränkte von der Beschränkung Kenntnis erlangt. Es fragt sich nun, welche Bedeutung dieser Bestimmung zukommt. Der Wortlaut ist klar. Bevor der Beschränkte von der Beschränkung erfährt, soll die Frist nicht beginnen. Erst mit dem Zeitpunkt, in dem er die Kenntnis erlangt, ist Beginn der Frist möglich. Der Gebrauch des Wörtchens „erst“ deutet an, daß es sich hier um eine Hinausschiebung eines sonst früher eintretenden Anfangspunktes handelt und nicht um eine Bestimmung in dem Sinne, daß als Anfang der Frist stets der Zeitpunkt der Erlangung der Kenntnis von der Beschränkung gelten solle. Wäre letzteres beabsichtigt, so hätte es näher gelegen, die Bestimmung unter Weglassung des Wörtchens „erst“ dahin zu fassen: „die Ausschlagungsfrist beginnt, wenn er von der Beschränkung Kenntnis erlangt.“ In der Tat bedeutet die Bestimmung eine zugunsten der Beschränkten angeordnete Hinausschiebung des Fristbeginnes gegenüber den allgemeinen Bestimmungen. Sie dient nur dem selbstverständlichen Schutzbedürfnisse, daß ein Erbe, der von der Beschränkung nichts erfährt und darum die Ausschlagungsfrist versäumt, doch nicht, was sonst nach der Regel des § 1943 BGB. unausbleiblich wäre, wie ein Erbe angesehen werden kann, der die ihm angefallene Erbschaft angenommen hat. Darum hat die Bestimmung die Eigenschaft einer Ausnahme. Nach § 1944 Abs. 2 BGB. beginnt für den Erben die Ausschlagungsfrist mit dem Zeitpunkt, in welchem er von dem Anfall der Erbschaft und dem Grunde der Berufung erfährt, jedoch, wenn er durch Verfügung von Todes wegen berufen ist, nicht vor der Verkündung. Dem Nacherben fällt nach § 2139 BGB. die Erbschaft erst an, wenn der Vorerbe aufhört, Erbe zu sein. Die Kenntnis von dem Anfall der Erbschaft an den Nacherben kann natürlich nicht früher entstehen als die Tatsache des Erbanfalls. Mithin kann für den Nacherben die Ausschlagungsfrist nicht beginnen, bevor der Fall der Nacherbfolge eingetreten ist. An dieser Fristberechnung wird dadurch nichts geändert, daß der § 2142 Abs. 1 BGB. dem Nacherben das Recht einräumt, die Erbschaft auszuschlagen, sobald der Erbfall, d. h. der Anfall der Erbschaft an den Vorerben, eingetreten ist. Während es in seinem Belieben steht, von diesem Rechte Gebrauch zu machen, ist er gezwungen, die Ausschlagungsfrist zu wahren. Nach diesen Vorschriften beginnt also für den als Nacherben eingesetzten Pflichtteilsberechtigten die Ausschlagungsfrist frühestens mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge. Demgegenüber bezweckt die Bestimmung im § 2306 nicht eine Schmälerung sondern eine Erweiterung der Rechte des Nacherben. Für den Nacherben bleibt es bei der Regel, daß die Frist mit dem Zeitpunkte beginnt, in dem er von dem Anfall der Erbschaft Kenntnis erlangt. Fällt aber die Erlangung der Kenntnis von der Beschränkung der Erbeinsetzung in einen späteren Zeitpunkt, so beginnt ausnahmsweise die Ausschlagungsfrist erst in diesem. Eine Nötigung des pflichtteilsberechtigten Nacherben, sich über die Ausschlagung der Nacherbschaft früher, als nach den allgemeinen Bestimmungen erforderlich,

[1] Durch das hier mitgeteilte Erkenntnis wurde das in Nr. 3 unserer Zeitschrift auf S. 84, 85 mitgeteilte Urteil des OLG. Zweibrücken bestätigt; vgl. auch die Mitteilung auf S. 105 dieser Nummer.

schlüssig zu machen, würde dahin führen, daß der pflichtteilsberechtigte Nacherbe ungünstiger gestellt wäre als der nicht pflichtteilsberechtigte Nacherbe, was der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann. Allerdings erheischt die Rücksicht auf den Vorerben, daß die Frage, ob der Nacherbe den Pflichtteil verlangen werde, nicht zu lange in der Schwebe bleibe, allein dieser Rücksicht tragen die Vorschriften über die Verjährung des Pflichtteilsanspruchs Rechnung. (Urt. des IV. CS. vom 5. Januar 1905). ——— n.

### III.

**Zu § 169 GFrG., § 286 CPO.** Für die Frage, ob eine Person als taub ꝛc. anzusehen ist, kommt zunächst nur die Ueberzeugung der Urkunds-Person in Betracht.

Gründe: Nach § 169 kommt es nur darauf an, ob der den Vertrag beurkundende Notar die Ueberzeugung davon hatte, daß der Beteiligte taub sei; ob eine solche Ueberzeugung bei ihm vorhanden war oder nicht, ist wie jede andere tatsächliche Behauptung, wenn sie streitig wird, durch die Beweisaufnahme festzustellen. Befindet nun das Instanzgericht, daß die Aussage des Notars in dieser Beziehung ausschlaggebend sei und daß sie, weil es sich hiebei um Feststellung einer Ueberzeugung also einer innern Tatsache handelt, auch durch Gegenbeweismomente nicht erschüttert werden könne, so ist dies eine Würdigung, die ganz auf dem Gebiete der tatsächlichen Feststellung und Abmessung des Beweisergebnisses liegt und die daher der Nachprüfung in der Revisionsinstanz nicht ohne weiteres unterworfen ist. (Urt. V 366/04 vom 3. Dezember 1904.) —r.

### IV.

**Zu § 319 CPO.** Es war durch bedingtes Endurteil des Oberlandesgerichts in Breslau ein der Klägerin zugeschobener Eid, den sie angenommen hatte, normiert wie folgt: „Es ist nicht wahr, daß der Beklagte den Betrag, welchen ihm der Justizrat K. in G. im April 1898 auf die ihm von mir abgetretenen Brandentschädigungsgelder zugeschickt hatte, alsbald wieder an mich selbst oder zu Händen meines Ehemannes mit der Vereinbarung ausgezahlt hat, daß die Forderung des Beklagten an mich aus dem Urteile des K. Landgerichts in Görlitz vom 2. Juli 1897 fortbestehen und der hierauf bezügliche Schuldtitel in seinem Besitze bleiben sollte.“ Die Klägerin erklärte, bezüglich der angeblichen Zahlung an ihren Ehemann sei ihr bedenklich, einen Wahrheitseid zu leisten und beantragte, soweit Handlungen des Ehemannes in Frage stünden, den Eid in der Ueberzeugungsform leisten zu lassen. Das Oberlandesgericht normierte nunmehr durch Beschluß vom 11. November 1904 unter Bezug auf §§ 319 und 459 Abs. 3 CPO. den Eid bezüglich der Zahlung an den Ehemann mit der Vereinbarung usw. in der Ueberzeugungsform. Die gegen diesen Berichtigungsbeschluß eingelegte Beschwerde des Beklagten bestritt die Anwendbarkeit des § 319, weil die im Urteil getroffene, möglicherweise fehlerhafte Entscheidung zur Zeit der Urteilsfindung so gewollt sei, wie sie ergangen ist. Die Beschwerde wurde mit folgender Begründung zurückgewiesen: Was die Frage der Zulässigkeit betrifft, so stimmt die vom Beschwerdeführer vertretene grundsätzliche Auffassung zwar mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts überein, in welcher stets anerkannt ist, daß, wenn die Entscheidung dem richterlichen Willen entspricht, ein rechtlicher oder tatsächlicher Irrtum, welcher diesen Willen herbeigeführt hat, die Anwendung des § 319 zu rechtfertigen nicht vermag. Für eine Anwendung dieses Grundsatzes ist hier aber im Hinblick auf die besondere Lage des Falles Raum nicht gegeben. Klägerin ist außerstande, über Handlungen ihres Ehemannes, die nicht in ihrer Gegenwart vorgenommen worden sind, und von denen sie aus eigener Wahrnehmung Kenntnis nicht hat, einen Wahrheitseid zu leisten, gerade auch solche Handlungen aber fallen in den Bereich des zu leistenden Eides. Weder konnte der Berufungsrichter, wenn er der Frage irgend näher trat, dies verkennen, noch auch rechtlich der Meinung sein, daß trotzdem die Klägerin auch in diesem Punkte einen Wahrheitseid zu leisten gesetzlich verpflichtet sei. Es liegt daher ein bloßes Uebersehen vor, welches seiner Beschaffenheit nach den Schreibfehlern und Rechnungsfehlern verwandt ist und von dem Begriffe „ähnliche offenbare Unrichtigkeiten“ umfaßt wird. In der Beschwerdeschrift ist noch zum Nachweise dafür, daß die Urteilsformel dem Willen des Gerichts entsprochen habe, auf einen Satz des Tatbestandes verwiesen, laut dessen der Beklagte den Eid in der Fassung der Formel des Urteils aufrecht erhalten hat und der Eid von der Klägerin angenommen ist; dieser Satz ergibt aber nicht, daß der Beklagte den Gegensatz von Wahrheitseid und Eid in der Ueberzeugungsform vor Augen gehabt und einen Eid der ersteren Art von der Klägerin hätte verlangen wollen, vielmehr handelt es sich dem Sinne nach nur um die Bezeichnung der Tatsachen, für welche der Eid als Beweismittel dienen sollte, und nur bezüglich ihrer wollte ersichtlich der Berufungsrichter Eideszuschiebung und Eidesnorm als miteinander übereinstimmend bezeichnen. (Beschluß des VII. CS. vom 9. Dezember 1904.) [1])

Mitgeteilt von H. Meyer, Geh. Justizrat in Breslau.

## B. Strafsachen.

**Zu § 181a StGB.** Unter Lebensunterhalt im Sinne des § 181a StGB. ist die Gesamtheit der Aufwendungen zu verstehen, welche nach den tatsächlichen Verhältnissen des praktischen Lebens im allgemeinen von einer männlichen Person zur Bestreitung ihrer gewöhnlichen Lebensbedürfnisse gemacht werden. Das Beziehen des teilweisen Lebensunterhalts von der Dirne aber kann auch dann vorliegen, wenn das, was der Zuhälter von ihr erhält, über das zum Lebensunterhalt Notwendige hinausgeht und, während er letzteres auf andere Weise erwirbt, zur Ermöglichung einer besseren und reichlicheren, mit an sich vermeidbaren Ausgaben verknüpften Lebensführung dient. Andererseits gehört zu dem in Rede stehenden Tatbestandsmerkmale, daß es sich nicht um einzelne Zuwendungen, sondern um ein vom Täter auf eine gewisse Dauer berechnetes Verhältnis handelt. (Vgl. Entsch. Bd. 35 S. 92.) Zum Tatbestandsmerkmale der „Ausbeutung“ genügt es, wenn der Zuhälter sein Verhältnis zur Dirne als Quelle für den eigenen Lebensunterhalt benützt und in diesem Sinne die von ihr gewerbsmäßig betriebene Unzucht eigennützig verwertet; ob die Prostituierte dem Täter den Unterhalt aus eigenem Antriebe gewährt oder hierzu von ihm veranlaßt wird, ist gleichgültig. (Vgl. Entsch. Bd. 34 S. 212.) Es gehört also auch nicht, wie die Revision meint, zum Begriffe der Ausbeutung, daß der Zuhälter die Gewalt, die er über die Dirne ausübt, dazu benützt, um von ihr Zuwendungen herauszulocken. Vielmehr sind die vom ersten Richter als erwiesen bezeichneten Tatsachen zur Feststellung des Merkmales der Ausbeutung in dem dargelegten Sinne durchaus ausreichend. Auch eine dem Manne gegen die Prostituierte zustehende Geldforderung und die Verrechnung des von letzterer zum Unterhalte Gegebenen auf diese

[1]) Diese Entscheidung zeigt einen erfreulichen Mangel an Formalismus. Daß der Senat des Berufungsgerichts nicht mit Bewußtsein der Klägerin rücksichtlich der Zahlung an ihren Ehemann und Vereinbarung mit diesem einen Wahrheitseid hat auflegen wollen, sondern einfach übersehen hat, daß auch Handlungen des Ehemannes dabei waren, kann wohl nicht zweifelhaft sein. Anm. des Mitteilers.

Forderung schließt das Merkmal der Ausbeutung nicht grundsätzlich aus. (Vgl. Entsch. Bd. 34 S. 74.) (Urt. vom 15. Dezember 1904.)

Mitgeteilt von Dr. Haberstumpf, II. Staatsanwalt in München.

## Bayer. Oberstes Landesgericht.

### A. Zivilsachen.

#### I.

**§ 1446 BGB. Prüfungspflicht des Grundbuchamtes. Gewährung des rechtlichen Gehörs durch das Beschwerdegericht.** Für eine zu ihrem Gesamtgute gehörende Forderung der in Fahrnisgemeinschaft lebenden Eheleute Gg. und B. J. ist eine Sicherungshypothek auf einem Grundstücke der Eheleute R. eingetragen. In notariell beglaubigter Form erklärte Gg. J., daß er die Löschung der „für ihn" eingetragenen Sicherungshypothek bewillige, und der Ehemann R., daß er für sich und seine Ehefrau die Löschung beantrage. Das Grundbuchamt lehnte sie ab, weil die Löschungsbewilligung nicht für die beiden Gläubiger erteilt sei. Bei Vorlage der Akten an das Beschwerdegericht bemerkte es, die Löschungsbewilligung sei auch insoferne mangelhaft, als sie nicht ersehen lasse, ob Gg. J. sie nicht etwa zum Zwecke der Schenkung erteilt habe. Es erfolgte die Zurückweisung seiner Beschwerde, weil aus seiner Erklärung nicht zweifelsfrei zu erkennen sei, daß er sich bewußt gewesen, über die zum Gesamtgute gehörige Hypothek zu verfügen, und weil in ihr die Angabe des Löschungsgrundes nicht enthalten sei, das Grundbuchamt aber hierüber Aufschluß verlangen könne, um zu prüfen, ob der Ehemann innerhalb seiner Verfügungsmacht gehandelt habe. Das Oberste Landesgericht verwies zur anderweiten Entscheidung an das Beschwerdegericht zurück aus folgenden Erwägungen: Das Beschwerdegericht hat keinen Zweifel darüber, daß die zur Löschung bewilligte Hypothek die zum Gesamtgut der Eheleute J. gehörende Sicherungshypothek ist. Nach §§ 1443, 1549 BGB. verwaltet der Mann das Gesamtgut und verfügt über dasselbe im eigenen Namen, er verfügt nicht, soweit es sich um den Anteil der Frau handelt, als ihr gesetzlicher Vertreter, denn er ist weder gesetzlicher Vertreter der Frau noch ist eine Verfügung über den Anteil eines Ehegatten möglich. Ob er bei der Verfügung daran denkt, daß der Gegenstand zum Gesamtgut gehört, ist belanglos, es genügt, daß er über einen Gegenstand verfügt, über den er im eigenen Namen zu verfügen berechtigt ist (Entsch. in Ang. d. fr. G. u. d. Grundbuchr. Bd. 4 S. 169). Die Verfügungsmacht des Mannes ist nach § 1446 BGB. dahin beschränkt, daß er zu einer Verfügung, die schenkungsweise erfolgt, der Einwilligung der Frau bedarf. Das Grundbuchamt ist deshalb berechtigt, wenn es ihm zweifelhaft erscheint, ob nicht der Eintragungsbewilligung eine Schenkung zugrunde liegt, den Nachweis zu verlangen, daß dies nicht der Fall ist (Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht, 2. Aufl. Bd. 2 S. 119 Anm. 7, Oberneck, Reichsgrundbuchrecht, 3. Aufl. Bd. 2 S. 32, Entsch. in Ang. d. fr. G. u. d. Grundbuchr. Bd. 2 S. 248). Der Löschungsantrag mußte aber nicht von vornherein deswegen zurückgewiesen werden, weil die Löschungsbewilligung nicht die Erklärung enthielt, daß sie aus einem anderen Grunde als zum Zwecke der Bewirkung einer Schenkung erteilt sei, sondern es stand im Ermessen des Grundbuchamtes, ob es Aufklärung hierüber erforderlich erachtete. Das Grundbuchamt hat in dieser Beziehung ein Bedenken erst bei der Vorlage der Akten an das Beschwerdegericht erhoben und dem Beschwerdeführer davon nicht Kenntnis gegeben. Glaubte das Beschwerdegericht sich das Bedenken aneignen zu sollen, so war es, wenn die Entscheidung über die Beschwerde davon allein abhing, ob eine Schenkung vorliegt, veranlaßt, den Beschwerdeführer darüber zu hören. Er konnte nach § 74 GBO. zur Begründung seiner Beschwerde neue Tatsachen und Beweise beibringen und die Wahrscheinlichkeit sprach dafür, daß er in der Lage sei, auf diesem Wege das Bedenken zu heben. Da es nur darauf ankommt, ob das Bedenken begründet ist, hat das Beschwerdegericht dem Beschwerdeführer über diese noch nicht aufgeklärte Frage das rechtliche Gehör zu gewähren und je nach dem Ergebnisse festzustellen, ob das der Wirksamkeit der Löschungsbewilligung möglicherweise entgegenstehende Bedenken tatsächlich begründet ist oder nicht (Beschl. I ZS. Reg. III 71/1904 vom 28. Okt. 1904).

Mitgeteilt von E. Yblagger, Rat am Obersten Landesgerichte.

#### II.

**Ist in den Fällen der §§ 1444—1446, 1487 des BGB. zur Erteilung der Einwilligung minderjähriger Kinder immer ein Pfleger zu bestellen?** Die Tochter des K. F. war schon vor ihrer Verehelichung mit allen Ansprüchen an das elterliche Vermögen abgefunden. Nach ihrem Tode setzte der Witwer M. Sch. in A., der mit ihr in allgemeiner Gütergemeinschaft des Würzburger Rechtes gelebt hatte, diese mit den minderjährigen Kindern fort. Der zum Nachlasse des K. F. gehörende Grundbesitz sollte im Grundbuchanlegungsverfahren auf seinen Sohn S. F. umgeschrieben werden. Der Anlegungsbeamte ersuchte das Amtsgericht A., den M. Sch. zu veranlassen, daß er für seine Person die Abtretung der Grundstücke an S. F. erkläre und für die minderjährigen Kinder die Bestellung eines Pflegers beantrage. M. Sch. erklärte aber nicht nur im eigenen Namen, sondern auch als gesetzlicher Vertreter seiner Kinder namens dieser zum gerichtlichen Protokolle die Ueberlassung sowie die Bewilligung der Umschreibung, und das Amtsgericht A. als Vormundschaftsgericht erteilte die Genehmigung. Es lehnte die Bestellung eines Pflegers ab. Die hiegegen von S. F. eingelegte Beschwerde und weitere Beschwerde wurden zurückgewiesen, letztere aus folgenden Gründen: Die Einwilligung der anteilsberechtigten Kinder, die nach den §§ 1445, 1487 BGB. zur Wirksamkeit der von dem Vater abgegebenen Erklärung erforderlich ist, konnte nach § 182 BGB. sowohl dem Vater als dem S. F. gegenüber erklärt, sie konnte aber auch ohne eine an den einen oder den anderen gerichtete Erklärung durch eine Handlung betätigt werden, in der sie klaren Ausdruck fand, und dazu eignete sich insbesondere die Herbeiführung einer öffentlichen Beurkundung der Einwilligungserklärung, die dazu bestimmt war, dem Anlegungsbeamten übermittelt und von ihm der Umschreibung des Grundbesitzes auf S. F. zugrunde gelegt zu werden. (Vgl. Planck, Komm. z. BGB. 3. Aufl. Bd. 1 Erl. 1 zu § 182, Neue Samml. v. Entsch. d. O.LG. Bd. 3 S. 439, Bd. 4 S. 951, Bd. 5 S. 42, Entsch. in Ang. d. fr. G. u. d. Grundbuchr. Bd. 4 S. 132). Sollte die Einwilligung durch eine an den Vater gerichtete Erklärung erteilt werden, so konnte dieser nach den §§ 181, 1630, 1795 allerdings die Kinder dabei nicht vertreten, es mußte also nach § 1909 ein Pfleger bestellt werden. Dagegen war der Vater nach den angeführten Vorschriften nicht behindert, die Einwilligung namens der Kinder zu erteilen, wenn sie in anderer Weise als durch ein mit ihm vorzunehmendes Rechtsgeschäft erfolgen sollte. Die Ansicht mehrerer Schriftsteller (Planck Bd. 4 Erl. 1 zu § 1487, Schmidt und Habicht, Familienrecht, Erl. 2 zu § 1487, lit. c, γ, Staudinger, Komm. z. BGB. 2. Aufl. Bd. 4 Erl. 2 zu § 1487 lit. b, anders Cosack, Bürgerl. R. Bd. 2 § 325 zu Note 3 b, Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 4 S. 201), daß in den Fällen der §§ 1444—1446, 1487 zur Erteilung der Einwilligung minderjähriger Kinder immer ein Pfleger zu bestellen sei,

findet in dem Gesetze keine Stütze. Eine solche Vorschrift war entbehrlich, weil der überlebende Ehegatte als gesetzlicher Vertreter anteilsberechtigter Kinder zur Verfügung über ein zum Gesamtgute gehörendes Grundstück nach § 1643 Abs. 1 und § 1821 Abs. 1 Nr. 1 der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf (Neue Samml. Bd. 3 S. 141) und dieses, wenn das Interesse des überlebenden Ehegatten zu dem der Kinder in einem erheblichen Gegensatze steht, ihm in Gemäßheit der §§ 1630, 1796 die Vertretung entziehen kann, Schenkungen, die unter den § 1446 fallen, aber nach § 1641 außerhalb der Vertretungsmacht des Vaters oder der Mutter liegen. Ist dem überlebenden Ehegatten die Vertretung nicht entzogen, so kann er die Einwilligung der anteilsberechtigten Kinder dem anderen Teile gegenüber erklären, er kann sie aber auch durch unmittelbare Betätigung erteilen, die insoweit, als sie für den anderen Teil bestimmt ist und eine an ihn gerichtete Erklärung ersetzt, von der Vorschrift des § 181 nicht berührt wird. Daß die Betätigung der Einwilligung ihre Wirkung auf den überlebenden Ehegatten erstreckt, ändert hieran nichts, dasselbe ist auch bei der an den anderen Teil gerichteten Erklärung der Einwilligung der Fall, die Betätigung der Einwilligung wird dadurch ebensowenig zu einem Rechtsgeschäfte, das der überlebende Ehegatte mit sich selbst vornimmt, wie die an den anderen Teil gerichtete Erklärung. Das Beschwerdegericht hat das Bestehen eines Gegensatzes zwischen dem Interesse des Vaters und dem der minderjährigen Kinder verneint und nach den vorstehenden Ausführungen mit Recht die Bestellung eines Pflegers für nicht erforderlich erklärt (Beschl. I CS. Reg. III 72/1904 vom 4. November 1904).

Mitgeteilt von E. Yblagger, Rat am Obersten Landesgerichte.

## B. Strafsachen.

### I.

**Wenn die Bildung einer Gesamtstrafe erfolgt ist oder in Aussicht steht, ist ein gesonderter Vollzug von Einzelstrafen unzulässig.** A. W. wurde von der Strafkammer des Landgerichts N. am 10. Februar 1904 wegen Beleidigung im sachlichen Zusammenflusse mit einem Vergehen wider die persönliche Freiheit zur Gesamtstrafe von zwei Monaten und einer Woche Gefängnis verurteilt. Nach den Gründen waren für die Beleidigung eine Einzelstrafe von zwei Monaten und für das Vergehen wider die persönliche Freiheit eine solche von vierzehn Tagen ausgesetzt worden. Auf die Revision des Angeklagten hat das Reichsgericht am 7. November 1904 das Urteil hinsichtlich der Verurteilung wegen eines Vergehens wider die persönliche Freiheit nebst den ihm in dieser Richtung zu Grunde liegenden Feststellungen und dem Ausspruch auf Gesamtstrafe aufgehoben und die Sache in diesem Umfang zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen, im übrigen aber die Revision verworfen. Am 28. November 1904 ersuchte der Staatsanwalt die Gerichtsschreiberei des Landgerichts N. um Erteilung einer vollstreckbaren Urteilsausfertigung bezüglich der wegen der Beleidigung gegen W. erkannten zweimonatigen Gefängnisstrafe. Diese lehnte das Ersuchen ab, weil die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung zur Zeit unstatthaft sei. Der von dem Staatsanwalt an das Gericht gestellte Antrag, die Gerichtsschreiberei zur Erteilung der Ausfertigung anzuweisen, wurde am 5. Dezember 1904 als unbegründet abgelehnt. Hiergegen hat der Staatsanwalt Beschwerde eingelegt.

Aus den Gründen: Die Strafkammer hat den Antrag des Staatsanwalts abgewiesen, weil die Urteilsformel lediglich den Ausspruch über die Gesamtstrafe enthalte, es aber nicht zulässig sei, die Urteilsformel aus den Gründen des Urteils zu ergänzen und daher der Gerichtsschreiber nicht in der Lage sei, die vollstreckbare Ausfertigung der Urteilsformel (§ 483 StPO.) zu erteilen. Ob diese Annahme in allen Fällen zutrifft, kann unerörtert bleiben, weil sich der angefochtene Beschluß jedenfalls in der weiteren Begründung als gerechtfertigt darstellt, daß eine rechtskräftige Gesamtstrafe noch nicht vorliegt und deshalb der vom Staatsanwalt beabsichtigten Vollstreckung einer Einzelstrafe die Bestimmung des § 481 StPO. entgegensteht, nach der Strafurteile nicht vollstreckt werden können, bevor sie rechtskräftig geworden sind. Dem § 74 StGB., der zugunsten des Angeklagten bestimmt, daß die Gesamtstrafe den Betrag der verwirkten Einzelstrafen nicht erreichen darf, liegt der Gedanke zugrunde, daß nicht ein getrennter Vollzug der Einzelstrafen, sondern nur der einheitliche Vollzug der Gesamtstrafe stattfinden soll. Die durch die Aufhebung eines Urteils nicht berührten Einzelstrafen behalten ihre Selbständigkeit zwar insofern, als sie bei Bildung der neuen Gesamtstrafe unverkürzt zu berücksichtigen sind (RG. 25 S. 309), allein sie sind trotzdem nur Elemente für die Bildung der Gesamtstrafe, ohne in Wirklichkeit ausgesprochen zu werden (Rechtspr. d. Reichsg. Bd. 2 S. 187); sie gehen also in der Gesamtstrafe auf und haben bezüglich des Vollzugs ihre Selbständigkeit verloren. (Entsch. des Obersten Landesgerichts Bd. 3 S. 51.) Dies folgt mit Notwendigkeit aus dem Grundsatz, daß nur eine erkannte Strafe vollstreckt werden kann; erkannt wird im Falle des § 74 StGB. nur die Gesamtstrafe (RG. 36 S. 89); es liegt nur eine vollziehbare Strafe vor. Daran wird durch die teilweise Aufhebung eines auf Gesamtstrafe lautenden Urteils nichts geändert; denn die Einzelstrafen sind nicht erkannt und es würde zu bedenklichen Folgen führen, wenn man den nicht berührten Einzelstrafen eine Selbständigkeit zuerkennen würde, die sie in dem Augenblick verlieren müßten, in dem eine neue Gesamtstrafe ausgesprochen wird. Zu welchen Unzukömmlichkeiten dies führen würde, ergibt sich insbesondere dann, wenn es sich um Einzelstrafen verschiedener Art z. B. Zuchthaus- und Gefängnisstrafen handelt. Die Unmöglichkeit des Vollzugs der durch die Aufhebung nicht berührten Einzelstrafen ist unzweifelhaft dann gegeben, wenn sich die Aufhebung des Urteils auf das Delikt bezieht, wegen dessen die sogenannte Einsatzstrafe ausgesprochen wurde. In einem solchen Falle kann nicht bemessen werden, welchen Einfluß jene Strafe auf die neu zu bildende Gesamtstrafe oder auf die Erhöhung der Einsatzstrafe haben wird. (Beschluß vom 12. Januar 1905.) (M.)

### II.

**Zu § 81 des Kr.Vers.G.** Die Strafvorschrift des § 81 des Kr.Vers.G. greift nicht bloß Platz, wenn der Arbeitgeber die Erfüllung der gesetzlich vorgeschriebenen Anmeldepflicht gänzlich unterläßt, sondern auch dann, wenn er der Anmeldepflicht nur in unvollständiger Weise nachkommt. In der Anmeldung sind gemäß § 49 Abs. 3 desselben Gesetzes auch die behufs der Berechnung der Beiträge durch das Statut geforderten Angaben über die Lohnverhältnisse zu machen. Wenn ein auf Grund der §§ 16 und 23 des Kr.Vers.G. erlassenes Statut für die Bemessung des Krankengeldes und der Beiträge die Kassenmitglieder nach Maßgabe ihres täglichen Arbeitsverdienstes in Klassen einteilt und bestimmt, daß jedes Kassenmitglied auf Grund der Anmeldung nach Maßgabe des darin angegebenen Arbeitsverdienstes durch den Kassenvorstand einer Klasse zugeteilt werde, so ergibt sich daraus, daß in der Anmeldung zur Ortskrankenkasse das Lohnverhältnis in der Weise anzugeben ist, daß der tägliche Arbeitsverdienst genannt wird. Der Aufgabe des Kassenvorstandes darf nicht dadurch vorgegriffen werden,

daß bei der Angabe der Lohnverhältnisse lediglich die Lohnklasse, nach welcher nach Ansicht des Anmeldenden das Krankengeld und die Beiträge zu bemessen sind, bezeichnet wird. Eine in dieser Weise gemachte Anmeldung erfüllt objektiv den Tatbestand einer Zuwiderhandlung nach § 81 des Kr.Verf.G. (Urt. vom 10. Januar 1905.)

Mitgeteilt von Landgerichtsrat Keidel in München.

III.

Urteile in Polizeistrafsachen.

**1. Urteil vom 1. Dezember 1904.** Ein Lagerkeller im Sinne des Art. 9 des bayerischen Gew.G. vom 30. Januar 1868 ist ein Keller, der zur Einlagerung von Bier behufs Erlangung der zum Genusse erforderlichen Reife geeignet ist und tatsächlich benützt wird (Samml. Bd. 2 S. 67). Wenn auch hierzu nicht eine ununterbrochene Belegung des Kellers mit unreifem Bier zu verlangen ist, so dürfen doch etwaige Unterbrechungen nicht von zu langer Dauer und es darf auch die Menge des jeweils eingelagerten Bieres nicht eine ganz geringfügige sein. Wird auf einem Keller, der hiernach die Eigenschaft eines Lagerkellers verloren hat, der Bierausschank ohne polizeiliche Genehmigung fortgesetzt, so steht der Verurteilung aus § 147 Ziff. 1 der Gew.O. der Umstand nicht entgegen, daß der Bierbrauer zu der Zeit, als der Keller jene Eigenschaft noch besaß, von der Anklage aus § 147 Ziff. 1 freigesprochen war; zur Anwendung des Grundsatzes ‚ne bis in idem' mangelt die Einheit der Tat.

**2. Urteil vom 15. Dezember 1904.** Den Schutz des Art. 28 Ziff. 2 des Abmarkungsgesetzes vom 30. Juni 1900, wonach die unbefugte Wegnahme der zum Zwecke der Abmarkung von den zuständigen Behörden oder Personen angebrachten Grenzzeichen mit Strafe bedroht ist, genießen einerseits auch die nach Art. 30 des Gesetzes (§ 919 BGB.) gesetzten, andererseits nur diejenigen Grenzzeichen, welche als solche im Sinne des Gesetzes erachtet werden können. Die sie setzenden Personen müssen hierzu gesetzlich befugt gewesen sein. „Es genügt nicht, wie die Revision unter Bezugnahme auf Art. 19 meint, daß die Feldgeschworenen im Allgemeinen zur Setzung von Grenzzeichen befugt sind; es wird vielmehr verlangt, daß sie auch in dem betreffendem Falle innerhalb ihrer Zuständigkeit gehandelt haben. Eine Zuständigkeit der Feldgeschworenen zur Setzung von Grenzzeichen ist aber nur dann gegeben, wenn die Grenze unbestritten feststeht." (Anm. des Mitteilers: Immerhin erscheint es bedenklich, wenn die Beteiligten urkundliche Zeichen, welche von einem zur Anbringung solcher Zeichen im allgemeinen zuständigen öffentlichen Organe gesetzt worden sind, ungestraft eigenmächtig entfernen dürfen, obwohl zur Feststellung der Gültigkeit der Zeichen ein geordnetes verwaltungsrechtliches Verfahren vorgesehen ist.)

Mitgeteilt von Oberregierungsrat Dr. Englert.

## Oberlandesgericht München.

Das Oberlandesgericht München hat in einem Urteile vom 10. Januar 1905 Ber.R. 791/03 IV folgende Sätze ausgesprochen:

1. In den Fällen der gerichtlichen Hinterlegung ist der Beschluß, mit dem der Anspruch auf Rückgabe oder Herausgabe hinterlegter Werte gepfändet wird, der Hinterlegungsstelle und, im Falle der Uebertragung der Besorgung des Hinterlegungswesens an die Kgl. Bank, dieser zuzustellen.

2. Wird vor der Eintragung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ins Handelsregister in deren Namen gehandelt, so fällt der Erwerb denjenigen Gesellschaftern in ihrer Vereinigung zu, in deren Auftrag gehandelt wurde.

Aus den Gründen: 1. Die nach der Hinterlegungsordnung vom 18. Dezember 1899 (JMBl. S. 1057 ff.) auf Grund des Art. 76 des AG. zum GVG. in der Fassung des Art. 167 Ziff. XXII des AG. z. BGB. vom 9. Juni 1899 bei den Amtsgerichten errichteten Hinterlegungsstellen sind nicht mehr unselbständige, sondern selbständige Behörden. Daher ist bei gerichtlicher Hinterlegung die Hinterlegungsstelle und nicht das Gericht, bei dem sie errichtet wurde, als der Schuldner anzusehen, dem gegenüber ein Anspruch auf Rückgabe oder Herausgabe des Hinterlegten bestehen kann. Insoweit nach Abs. 3 des zit. Art. 76 und §§ 46 ff. der Hinterlegungsordnung die Besorgung des Hinterlegungswesens der Kgl. Bank übertragen wurde, ist diese wirkliche selbständige Hinterlegungsstelle und Schuldner des Anspruchs auf Rückgabe oder Herausgabe des Hinterlegten. Daher war der Pfändungsbeschluß der Hinterlegungsstelle und in dem hier gegebenen Falle der Kgl. Bank, nicht dem Amtsgerichte zuzustellen, für welches die Hinterlegungsstelle errichtet ist. Vgl. Gaupp-Stein, Kommentar zur CPO. § 829 Anm. I b, woselbst allerdings für Bayern noch in den neuesten Auflagen (VI. und VII.) auf Einsendungen in Bd. 63 der Blätter für Rechtsanwendung verwiesen ist, die noch die ältere Depositenordnung im Auge haben. (Vgl. dort Note 8 Bd. II S. 577; Habel, Hinterlegungsordnung, Einleitung S. XV Nr. 3, S. 38 § 27 Anm. 1, S. 60 § 48 Anm. 1.) Dem steht keineswegs der Umstand entgegen, daß gemäß § 49 der Hinterlegungsordnung die Herausgabe der hinterlegten Sachen, auch soweit die Kgl. Bank Hinterlegungsstelle ist, regelmäßig, d. h. soweit die Voraussetzungen des Abs. 2 a. a. O. nicht zutreffen, nur auf Weisung des Amtsgerichts stattfindet, für dessen Bezirk sie die Hinterlegungsstelle ist. Wäre die Kgl. Bank nichts anderes, als ein Organ, die Kasse des Gerichts, so müßte es in allen Fällen der Herausgabe hinterlegter Sachen der Verfügung der Herausgabe seitens des Gerichts bedürfen. Mit der gedachten Vorschrift, wonach es regelmäßig zur Herausgabe hinterlegter Sachen einer Weisung des Amtsgerichts bedarf, will lediglich die Prüfung der Voraussetzungen der Herausgabe für den Regelfall der Kgl. Bank abgenommen und dem dafür geeigneter erachteten Amtsgerichte übertragen werden, ohne daß dadurch der Charakter der Kgl. Bank als einer selbständigen Hinterlegungsstelle die geringste Einbuße erleidet. Demgemäß wurde auch bei Erlassung des Reglements für die Hinterlegungsstellen bei der Kgl. Bayer. Bank vom 30. Dezember 1899 — JMBl. S. 1124 ff. — § 14 davon ausgegangen, daß Arrest- und Pfändungsbeschlüsse der Kgl. Bank als Hinterlegungsstelle und nicht etwa dem Amtsgerichte zuzustellen sind, und die gleiche Auffassung liegt dem § 5 Abs. 4 der Just.Min.Bek. vom 28. Dezember 1899 — JMBl. S. 1117 — zugrunde.

2. In den Gründen wird weiter ausgeführt, daß von der Zeit des Abschlusses eines unmittelbar auf die Begründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung gerichteten Vertrags bis zur Eintragung ins Handelsregister eine Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts nach den Bestimmungen des BGB. §§ 705—740 bestehe. Werde namens der noch nicht eingetragenen, im Gründungsstadium befindlichen Gesellschaft gehandelt, so würden hieraus nach § 718 BGB. Rechte für die Gesellschafter in ihrer Vereinigung erworben, die im Augenblick der Eintragung auf die Gesellschaft mit beschränkter Haftung übergingen, und zwar entgegen den Ausführungen Staubs zu § 11 des Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, auch dann, wenn der Vertragsgegner irrigerweise annehme, die Gesellschaft sei schon eingetragen, ferner auch dann, wenn das Auftreten im Rechtsverkehr die Grenzen überschreite, die der Gesellschaft bis zur Eintragung gezogen sind. Im Falle eines Irrtums sei dem Vertragsgegner nur die Anfechtung gegeben. Vor

der Eintragung bestehe die Gesellschaft mit beschränkter Haftung nur „als solche“ nicht; trete sie vorher im Rechtsverkehr auf, so entbehre ihr Auftreten lediglich der besonderen Wirkung, die durch ihre Eigenschaft als Gesellschaft mit beschränkter Haftung bedingt sei; dagegen treten die gewöhnlichen Wirkungen des Handelns einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts nach § 718 nichtsdestoweniger ein. Nur unbeschadet aller aus dem vorgängigen Handeln im Namen der Gesellschaft schon nach allgemeinen Grundsätzen sich ergebenden Rechte und Verpflichtungen sollen die Handelnden persönlich und solidarisch haften. Es solle diese persönliche und solidarische Haftung der Handelnden zu denjenigen Verpflichtungen hinzutreten, die aus dem Handeln vor der Eintragung der Gesellschaft schon ohnehin und auch dann sich ergeben würden, wenn die Vorschrift des Abs. 2 des § 11 nicht bestünde. Im weiteren Verlauf der Entscheidungsgründe wird der Erwerb von Rechten auf die Person derjenigen Gesellschafter eingeschränkt, in deren Auftrag der Handelnde tätig geworden ist; sie seien es zugleich, für welche, d. i. für deren gesellschaftliche Vereinigung, er bei seinem Handeln den Rechtserwerb vollzog und das Eigentumsrecht an den vereinnahmten Geldern erwarb.[1])

Mitgeteilt von Dr. Weißbart in Berlin.

## Oberlandesgericht Nürnberg.

**Wer erwirbt an den aus öffentlichen Sammlungen eingegangenen Geldern Eigentum?** In H. wurde eine große Zahl der Bewohner durch Feuer geschädigt. Ein öffentliches Hilfskomitee rief öffentliche Hilfe an. Die Hilfsgelder flossen zahlreich. Das Hilfskomitee setzte die dem einzelnen Abbrändler zukommende Unterstützung fest. Soweit ihre Vorempfänge an Barvorschüssen und Baumaterialien den so festgesetzten Betrag überstiegen, wurde von ihnen Rückzahlung verlangt. Der Ueberschuß über die zugebilligten Unterstützungen betrug über 5000 Mk. Das Hilfskomitee verfügte hierüber zugunsten der Nichtabgebrannten, die hinwiederum die Summe einer Kapellenstiftung schenkungsweise überwiesen. Diese Stiftung erhob gegen die eine Herauszahlung verweigernden Abbrändler Klage. Das Landgericht gab der Klage statt. Die Berufung gegen dieses Urteil wurde zurückgewiesen.

**Aus den Gründen:** Die zivilrechtliche Entwicklung der durch die öffentliche Sammlung von Beiträgen zu wohltätigen oder gemeinnützigen Zwecken entstehenden Rechtsverhältnisse konnte nach bisherigem Recht aus bestimmten gesetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen Quellen nicht abgeleitet werden, weil es sich um eine neuere Erscheinung im Rechtsleben handelt. Auch das BGB. behandelt die Materie nicht, weil nach Ansicht der Kommission die hier einschlägigen Grundfragen von der „Wissenschaft noch nicht genügend geklärt seien“. Es ist daher begreiflich, daß (wie Dernburg, Pandekten Band I § 62 Note 8, lehrt), die aus „der Natur der Sache“ zu schöpfende Beurteilung des Rechtsverhältnisses in der Theorie — die Rechtsprechung hat wesentliche Entscheidungen nicht zu verzeichnen — verschiedene und widersprechende Auffassungen gezeitigt hat. In deren Würdigung kann sich das Berufungsgericht mit dem Erstrichter unbedenklich der von den Rechtslehrern Endemann und Regelsberger vertretenen Ansicht anschließen, daß bei derartigen Sammlungen die gesammelten Gelder nicht sofort in das Eigentum der Bedachten, sondern zunächst in jenes der Sammler übergehen, mit der diesen obliegenden fiduziarischen Verpflichtung, sie zweckentsprechend zu verwenden, für deren Erfüllung sie jedoch nur den Gebern rechtlich verantwortlich bleiben. Ausgehend von diesen Grundsätzen ergibt sich die Unhaltbarkeit des Einwands, daß die Abgebrannten sofort als Eigentümer der zusammengebrachten Gelder zu erachten seien und ihnen deshalb von vornherein auch der hier streitige Ueberschuß zustehe. Die Verwaltung und Verwendung der Sammelgelder kam dem Hilfskomitee zu, es hatte dabei mangels entgegenstehender Vorschriften der Spender nach freiem Ermessen zu verfahren und war in diesem Sinne auch durch das K. Bezirksamt als Aufsichtsbehörde unter Hinweis auf eine ME. vom 19. Juni 1867 angewiesen worden, insbesondere darauf zu achten, nur den wirklichen Schaden auszugleichen und eine Bereicherung der Abgebrannten zu vermeiden. Es darf auch ohne weiteres angenommen werden, daß der Wille der Spender dahin gegangen ist, den Abgebrannten nur den Ersatz der Brandschäden aus den gesammelten Geldern zu gewähren. Auf Grund der vorliegenden Behelfe muß der erstrichterlichen Auffassung beigetreten werden, daß die Abgebrannten (die Beklagten) durch die ihnen vom Hilfskomitee nach der Schadensberechnung zugebilligten Beträge vollständig entschädigt wurden und daß sie die über diese Beträge hinaus empfangenen Zuwendungen ohne Rechtsgrund innehaben... Auch die Ernstlichkeit der beiden Zuwendungsakte — an die Nichtabgebrannten und dann an die Kapellenstiftung — steht außer Frage, mag auch das Hilfskomitee die Ueberweisung des Ueberschusses an die Nichtabgebrannten in der Erwartung vorgenommen haben, daß diese hierauf zugunsten der Kapellenstiftung verzichten sollten, immerhin war die Ueberweisung ernstlich gewollt und die Verfügung der Nichtabgebrannten hierüber Sache deren freier Entschließung... Die Frage endlich, ob das Hilfskomitee durch die Zuweisung des Ueberschusses an die Nichtabgebrannten seiner Verpflichtung zweckmäßiger Verwendung der Sammelgelder genügt hat, ist hier nicht weiter zu untersuchen, denn nach den obigen Darlegungen würde es hierfür nur den Gebern verantwortlich sein und jedenfalls kein Anspruch hierauf für die vollständig entschädigten Beklagten bestehen.

H.

## Oberlandesgericht Augsburg.

**Zu § 123 CPO., §§ 86, 87 RGKG.** Ein zum Armenrechte in beiden Instanzen zugelassener Kläger erwirkte gegen den vermögenden Beklagten sein erstinstanzielles Endurteil, wodurch der zwischen ihnen abgeschlossene Uebergabsvertrag für nichtig erklärt und Beklagter in die Kosten verurteilt worden ist. Nachdem der Beklagte gegen dieses Urteil Berufung eingelegt hatte, kam zwischen ihm und den Erben des nun verstorbenen Klägers ein außergerichtlicher Vergleich zustande, infolgedessen der Anwalt der letzteren die Klage zurücknahm. Nun ging das K.

[1]) Die vorstehende Auffassung über Wesen und Bedeutung des Handelns namens der noch nicht eingetragenen Gesellschaft mit beschränkter Haftung dürfte Bedenken unterliegen. Zunächst geht der Zweck der Gründergesellschaft nicht darüber hinaus, die Gesellschaft ins Leben zu rufen; über den Zweck hinaus wird eine Vollmacht von den Gesellschaftern nicht erteilt; ein Rechtserwerb für Dritte ist ohne Vollmacht oder Vertretungsmacht nur nach den Regeln über Verträge zugunsten Dritter möglich; solche Verträge sind aber von den Vertragsgegnern, die meinen, eine rechtsfähige Gesellschaft vor sich zu haben, nicht beabsichtigt. Vgl. § 333 BGB. Würden für eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts Grundstücke erworben, so müßten mit dem Uebergang an die eingetragene Gesellschaft weitere Besitzveränderungsgebühren anfallen, obwohl diese schon einmal (bei dem Rechtsgeschäft, durch das die Grundstücke für die bürgerliche Gesellschaft erworben wurden), bezahlt wurden. Nach Inkrafttreten des Grundbuchrechts müßte doppelte Auflassung erfolgen. Schwer denkbar ist, daß derjenige Teil der Gesellschafter Rechte erwerben soll, in dessen Auftrag gehandelt wurde; daß eine Sondergesellschaft mit einem von dem Zwecke der Gründergesellschaft abweichenden Zweck vereinbart sei, ist doch kaum anzunehmen. Die Konstruktion versagt, wenn der Handelnde von keinem der Gesellschafter beauftragt war, im Namen der Gesellschaft zu handeln. Die gleichen Fragen treten natürlich auch beim Handeln namens einer Aktiengesellschaft vor ihrer Eintragung ins Handelsregister und namens eines nicht rechtsfähigen Vereins auf. § 200 HGB., § 54 BGB.

Anm. des Einsenders.

Rentamt gegen den Beklagten wegen der dem armen Kläger gestundeten Gerichtsgebühren erster Instanz zu 763 Mark mit Zwangsvollstreckung vor und sind die vom Beklagten nach § 4 RGKG. erhobenen Erinnerungen durch Beschluß des Gerichts erster Instanz vom 19. September 1904 entsprechend dem Antrage der einschlägigen K. Regierung, Kammer der Finanzen, zurückgewiesen worden. Die hiegegen vom Beklagten eingelegte Beschwerde hatte aber den Erfolg, daß das K. Oberlandesgericht Augsburg, II. Zivilsenat, mit Beschluß vom 3. November 1904 den beschwerenden Beschluß aufgehoben und ausgesprochen hat, es habe die Kontierung der in Frage stehenden Gerichtskosten auf den Beklagten nicht stattzufinden.

Aus den Gründen: Es bestimmt zwar der § 123 CPO., daß die Gerichtskosten, von deren Berichtigung die arme Partei einstweilen befreit ist, von dem in die Prozeßkosten verurteilten Gegner nach Maßgabe der für die Beitreibung rückständiger Gerichtskosten geltenden Vorschriften eingezogen werden können, jedoch hat als verurteilt in diesem Sinne nur der in die Prozeßkosten rechtskräftig verurteilte vermögliche Gegner zu gelten. Hieran ändern auch nichts die vom Erstrichter seinem Beschlusse zugrunde gelegten §§ 86 und 87 RGKG. Denn diese Gesetzesstellen sind, wie in den Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 6 S. 418 und Bd. 23 S. 352 dargetan ist, gleich dem § 93 RGKG. durch die Bestimmungen der CPO., insbesondere durch jenen § 123 derselben durchbrochen worden (vgl. auch Pfafferoth 4. Aufl. zu § 93 RGKG. Note 4 und Rittner 2. Aufl. zu § 90 RGKG. Note 3).

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Doyle in Augsburg.

## Aus den amtlichen Blättern.

**Gesetz- und Verordnungsblatt:** Nr. 4 S. 9. Bek. v. 16. I. 05, die Wahlen der Vorstände der Anwaltskammern betr.

**Justizministerialblatt:** Nr. 1 S. 3. Bek. v. 1. I. 05, die Vollstreckung deutscher Urteile in Oesterreich betr. — S. 5. Bek. v. 1. I. 05, den Verkehr der Justizbehörden mit den Konsulaten betr. (unmittelb. Verkehr mit dem türkischen Konsulat in Nürnberg gestattet; griechisches Konsulat in Würzburg aufgehoben, sein Amtsbezirk dem griechischen Konsulat in Nürnberg zugeteilt). — S. 6. Bek. v. 10. I. 05, Vollstreckbarkeit schweiz. Urteile im Inland betr. — S. 7. Bek. v. 10. I. 05, Anl. des Grundb. in der Pfalz betr. (Grundb. v. 1. II. 05 an als angelegt erklärt f. d. St.-G. Ludwigswinkel, Nieder- und Oberohmbach, Baalborn, Eppenbrunn, Rockenhausen, Geiselberg, Hettenhausen, Horschbach). — S. 8. Bek. v. 11. I. 05, Kosten der Rechtsh. unter den Beh. versch. Bundesstaaten betr.

## Literatur.

**Soergel, Konrad,** Magistratsoffiziant in Fürth i. B. Die Beitreibung der öffentlichen Abgaben im Königreich Bayern. Fürth i. B. 1904. Georg Rosenberg. Gebd. Mk. 2.40.

Der Verfasser hat die FME. vom 27. Dezbr. 1899 (die Vorschriften über die Beitreibung der Staatsgefälle betr.) zur Grundlage des Buches gemacht und ziemlich eingehend erläutert. In einem Anhang behandelt er die Pfändung von Geldforderungen, die Vollstreckung in das unbewegliche Vermögen, Zwangshypothek, Arrestverfahren, Verjährung, Konkurs usw. Zahlreiche Formulare und Muster sind beigefügt. Der Verfasser mußte oft Prozeßrecht und materielles Recht eingehend darstellen; dies ist ihm im allgemeinen gut geglückt: er hat unter den vielen schwierigen Rechtsfragen des Vollstreckungsrechts mit Geschick die wichtigsten herausgefunden und den Stoff verständlich und klar behandelt. Freilich sind ihm auch einige Irrtümer unterlaufen. Recht bedenklich sind z. B. die Bem. 3 u. 4 zu § 17 (S. 17). S. 85 wird für die Zeit nach Anlegung des Grundbuchs empfohlen, bei Anträgen auf einstweilige Einstellung eines Zwangsversteigerungsverfahrens zugleich einen Zeitpunkt für die Fortsetzung des Verfahrens zu bestimmen. Das wird nach dem ZwVG. nicht möglich sein (Jäckel Bem. 2 zu § 31 ZwVG.). Der Fortsetzungsantrag muß nach Einstellung des Verfahrens gesondert gestellt werden. Daher ist auch das auf S. 114 mitgeteilte Formular für die Zeit nach dem Inkrafttreten des ZwVG. nicht zu empfehlen. In dem Abschn. „Vertragsmäßige Sicherung" wird (S. 90) unter Berufung auf §§ 234, 237 BGB. ausgeführt: „Wertpapiere können nur zu 3 Vierteilen des Kurswerts, andere bewegliche Sachen nur zu 2 Dritteilen des Schätzungswerts als Sicherheit angenommen werden." Auf Verträge über Sicherheitsleistungen beziehen sich die §§ 234, 237 BGB. nicht. Welche Sicherheit genügt, ist bei ihnen vom Willen des Gläubigers abhängig.

von der Pfordten.

**Binding Dr. Karl,** Universitätsprofessor in Leipzig. Deutsche Staatsgrundgesetze. 3. Aufl. Leipzig 1904, Wilhelm Engelmann. Heft I. Mk. 2.60.

Die vor allem zum Gebrauche für das akademische Studium bestimmte Sammlung enthält in übersichtlicher Gegenüberstellung die Verfassungen des Norddeutschen Bunds und des Deutschen Reichs. Deren historische Entwicklung ist durch Beifügung der Entwürfe, der Bündnisverträge von 1866 und der Versailler Verträge verdeutlicht. Ferner sind die grundlegenden Reichsgesetze abgedruckt: Staatsangehörigkeitsgesetz, Wahlgesetz, Reichsbeamtengesetz, Schutzgebietsgesetz.

von der Pfordten.

**Kutzer, Th.,** I. rechtsk. Bürgermeister der Stadt Fürth. Das bayerische Heimatrecht mit dem einschlägigen Rechte der Verehelichung und des Aufenthalts systematisch dargestellt. München 1905, J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). Gebd. Mk. 10.—.

Ein groß angelegtes, gediegenes Werk von bleibender Bedeutung. Es ist sehr zu begrüßen, wenn sich neben den zahllosen kommentatorischen Werken, die doch mehr oder minder an den einzelnen Artikeln hängen, derartige systematische Werke hervortun; hiedurch wird die Auslegung vertieft, die Wechselbeziehung zwischen Wissenschaft und Praxis gestärkt. Besonders erfreulich ist es, daß Bürgermeister Kutzer, den sein Lehrer Seydel ob seines gründlichen Urteils überaus hoch schätzte und wahrhaft freundschaftlich verehrte, seine wissenschaftliche Begabung auch einmal an einem größeren Werke erprobte, dem bald ein weiteres folgen möge!

Oberregierungsrat Dr. Englert.

**Pröbst, Dr. von,** Staatsrat. Die Verfassung des Deutschen Reichs, mit Anmerkungen herausgegeben. 3. neubearbeitete Auflage. München 1905, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. Gebd. Mk. 2.—.

Die vorliegende Ausgabe hat schon in den beiden früheren Auflagen allgemeine Anerkennung gefunden und zählt zu den besten der Beck'schen Sammlung in Taschenformat. In der neuen Auflage ist die „kleine Finanzreform" (Reichsgesetz vom 14. Mai 1904) berücksichtigt.

Oberregierungsrat Dr. Englert.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, II. Staatsanwalt im K. Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

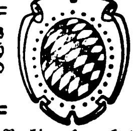
Nr. 5. München, den 1. März 1905. 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von Th. von der Pfordten, K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München, Karlsplatz 29.

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).



Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum, Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.



## Zu § 956 BGB.

Von G. Sellner, Landgerichtsrat in Traunstein.

Nach § 956 BGB. erwirbt derjenige persönlich Berechtigte, dem der Besitz einer Sache überlassen ist, das Eigentum an den Früchten oder Bestandteilen der Sache mit der Trennung. Unter Besitz versteht das Gesetz den Besitz der fruchttragenden Sache bei der Gestattung der Fruchtziehung und den Besitz der ganzen Sache bei Gestattung von Aneignung einzelner Bestandteile (Motive Bd. III S. 367). Es wird mithin der Fall nicht getroffen, in welchem nur der Besitz an ungetrennten Früchten oder an Bestandteilen einer Sache überlassen ist. Die juristische Behandlung solcher Fälle dürfte um so mehr interessieren, als sie der Praxis, insbesondere beim Holzhandel, durchaus nicht fremd sind. Die Motive gehen auf Grund des § 798 I. Entwurf von der Annahme aus, daß Sonderbesitz an Früchten und Bestandteilen nicht möglich ist; auf S. 368 ist gesagt: „Erst mit der Trennung kann der Besitz und das Recht an denselben beginnen". Allein, wenn schon Bestandteile nach §§ 93, 94 BGB. nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können, so ist doch in § 865 BGB. die Möglichkeit des Besitzes an einem Teil einer Sache anerkannt. Nach Kniep (Der Besitz des BGB., Jena 1900, § 9) soll der Besitz an Bäumen und ungetrennten Früchten zwar nicht eher erlangt werden, als bis diese geschlagen oder getrennt sind; der Besitz der als beweglich vorgestellten und in dieser Gestalt zu verwertenden Sache beginne nicht vor Herstellung dieser Beweglichkeit. Mit Dernburg, Das bürgerl. Recht Bd. III § 15 S. 50 und Cosack, Lehrbuch Bd. II § 185, Scherer, Kommentar z. BGB. Bd. III S. 18 ist indessen gesonderter Besitz an stehenden Bäumen und ungetrennten Früchten wenigstens grundsätzlich anzuerkennen. Es ist nicht richtig, daß sich der Käufer von stehenden Bäumen diese nur in ihrer Gestalt nach der Trennung vorstellt; er hat vielmehr wegen Hintanhaltung Dritter ein Interesse daran, schon an den stehenden Bäumen Besitz zu erlangen, zumal diese unter Umständen nicht sofort gefällt werden können. Die Bäume mögen bezeichnet werden und es mag zweckmäßig sein, sie schon vor dem Schlagen in gewisser Richtung zu behandeln, teilweise zu entästen, entrinden u. dgl. Sollte es nicht auch möglich sein, einen Baum zu besitzen, an welchem man einen Hochsitz für den Anstand errichtet oder Hängematten befestigt hat, oder einzelne Obstbäume, deren Früchte man beziehen darf? Die Ausübung der Gewalt an der Bodenfläche kann hier tatsächlich vollständig getrennt werden von der Gewalt an den Bäumen. Der Besitzer der ersteren kann die Streu sammeln, neu anpflanzen, weiden u. dgl. Wenn bei Ueberweisung eines Gebäudes zum Zweck des Abbruches Besitz an dem noch mit dem Grund und Boden verbundenen Material erworben wird, so wird an Waldbäumen Besitz mit der Einweisung des Käufers in den Wald zwecks Fällung der Bäume erworben. Der Käufer wird unmittelbarer Eigenbesitzer (§ 872 BGB.).

Ohne Zweifel ist auch gesonderter Besitz an beweglichen Gegenständen möglich, welche als wesentliche Bestandteile mit einer unbeweglichen Sache verbunden wurden, sofern ein tatsächliches Verhältnis besteht, welches die Ausübung der Gewalt über diesen Teil der Gesamtsache ermöglicht. Ein besonderer Besitzstand ist um so leichter denkbar, je weiter man den Begriff „wesentlicher Bestandteil" im Sinne des § 93 BGB. faßt; insbesondere also, wenn man sich der Anschauung des Reichsgerichts (Bd. 50 S. 241) im Gegensatz zu derjenigen des Bayer. Obersten Landesgerichts (Bd. IV S. 122 und Recht 1904 S. 385) anschließt. Für alle diese Fälle kann die hier erörterte Erwerbsweise praktisch werden.

An Früchten im engeren Sinne, seien es stehende oder hängende, gab es nach gemeinem Recht keinen Besitz (Windscheid, Pandekten § 152 Ziff. 2, RGEntsch. Bd. XVIII S. 367). Diese Beschränkung kennt das BGB. in § 854 ff. nicht. Selbständigkeit der Sache wird für die Besitzfähigkeit nicht gefordert. Nur individuelle Bestimmtheit der körperlichen Sache verlangt das Gesetz (RG. in Jur. Wochenschr. 1902 S. 285 der Beilage). Im übrigen kommt es darauf an, ob die gesonderte

Ausübung der tatsächlichen Gewalt über die Früchte bei Betrachtung der natürlichen Verhältnisse möglich ist. Zu bejahen ist dies bei Früchten, die an Bäumen hängen. Oben wurde darauf hingewiesen, daß die tatsächliche Herrschaft über Grund und Boden sich sehr wohl trennen läßt von derjenigen über den darauf stehenden Bäumen. Das gleiche gilt für die Früchte. Wenn der entfernt wohnende Eigentümer das Obst aus seinem Garten verkauft und den Besitz auf den Käufer überträgt, damit letzterer sich gegen Diebstahl oder andere Einwirkungen von Menschen oder Tieren schütze, so erwirbt dieser Besitz am Obst, ohne den Garten oder die Bäume selbst zu besitzen.

Dagegen läßt sich eine gesonderte Besitzausübung an einer Bodenfläche und dem darauf stehenden Getreide oder an den in dem Boden befindlichen Früchten nicht denken. Auf den Boden kann in der Regel nicht eingewirkt werden, so lange auf ihm eine Frucht steht; eine Sonderung der Machtsphären ist tatsächlich nicht ausführbar. Will daher der Besitzer des Getreidefeldes den Besitz an Grund und Boden nicht aufgeben, so darf er sich der tatsächlichen Herrschaft über die stehenden Früchte nicht entäußern. Es ist also die Uebertragung des Besitzes an stehenden Früchten unter Zurückbehaltung der Herrschaft über Grund und Boden unmöglich. (A. M. Scherer, Das vierte Jahr d. BGB. S. 365). Hierbei sei bemerkt, daß jedenfalls aus der Möglichkeit der Pfändung solcher Früchte nach § 810 CPO. kein Schluß auf die Möglichkeit gesonderten Besitzes gezogen werden kann, da durch diese singuläre Bestimmung in das bürgerliche Recht nicht eingegriffen werden wollte (vgl. RGEntsch. XVIII S. 317). Eine andere Frage ist die, ob etwa von den Parteien nicht nur die Uebertragung des Besitzes an den Früchten, sondern Besitzüberlassung an dem Grundstück selbst beabsichtigt war; für diesen Fall trifft § 956 BGB. zu. Das gemeine Recht hat einen besonderen Besitz an Teilen einer beweglichen Sache nicht anerkannt. (Windscheid, Pandekten § 152 Note 8.) Nach BGB. ist derselbe nicht ausgeschlossen, (cf. Strohal, Iherings Jahrb. Bd. 38). Praktische Bedeutung wird dies indessen nur in geringem Grad haben.

Wenn nun auch auf den Eigentumserwerb, bei welchem nur der Besitz der Teile überlassen ist, § 956 BGB. selbst nicht angewendet werden kann, so kann doch die dieser Gesetzesstelle zugrunde liegende Konstruktion verwendet werden. Die Motive sagen selbst, daß das Prinzip des § 956 BGB. für jeden ähnlichen Vertrag passe, mithin auch für die Uebereignung beim Kauf; § 956 enthalte nur eine Konsequenz allgemeiner Grundsätze. Als ein solcher kommt hier der Satz in Betracht, daß zur Zeit der dinglichen Einigung die zu übergebende Sache noch keine selbständige Existenz zu haben braucht. Nur darauf kommt es an, daß im Augenblick der Trennung die Einigung vorhanden, und daß der Besitz der Früchte oder Bestandteile dem Erwerber überlassen ist; alsdann wird mit der Trennung (ohne besondere Uebertragung) Eigentum an den Trennstücken erworben (§ 929 BGB.); durch welche Personen die Trennung der Früchte oder Bestandteile vorgenommen wird, ist für den Eigentumserwerb des Käufers gleichgültig, sofern dieser nur nicht des Besitzes entsetzt wird. Dies gilt auch, wenn der bisherige Eigentümer und Verkäufer selbst fällt in der Absicht, sich oder einen anderen zum Eigentümer des Holzes zu machen. Da Waldbäume bis zur Fällung unbewegliche Sachen sind, so kann Besitzverlust nur dadurch eintreten, daß sie ein anderer in Besitz nimmt. Nun bildet zwar eigenmächtiges Fällen seitens eines Dritten eine Besitzhandlung; allein eine einzelne solche Handlung ist nicht ausreichend (Motive III S. 105, Prot. III S. 35). Eine Ueberwindung und Verdrängung der tatsächlichen Gewalt des bisherigen Besitzers ist hiermit nicht erreicht, diese würde erst mit dem Wegführen der Stämme eintreten; ein Besitzverlust zu dieser Zeit läge indessen nach dem durch die Trennung vollendeten Eigentumsübergang und könnte an diesem nichts ändern (cf. Planck, BGB. § 856 Anm. 2).

Läßt der Käufer durch seine Holzknechte fällen, so bleibt er unmittelbarer Besitzer, während jene als Besitzdiener in Betracht kommen. Sowohl deren Willensbeschaffenheit als ihre Erklärung, den Besitz nicht für ihren Auftraggeber, sondern für einen anderen ausüben zu wollen, ist auf das Besitzverhältnis ohne Einfluß; hier müßte die Gewalt des Herrn aufgehoben sein, etwa dadurch, daß sie diesen, wenn er sich nach der Arbeit umsieht, vertreiben, vorausgesetzt, daß die Verhinderung nicht nur vorübergehend ist (§ 856 Abs. II, Planck a.a.O. § 856 Anm. 3). Nur unter diesen Umständen könnte das Vorgehen der Gehilfen den Eigentumserwerb hindern (cf. auch Kniep, Besitz § 25).

Anders ist zu urteilen, wenn der Käufer den Besitz nicht durch Gehilfen, welche den auf die Sache sich beziehenden Weisungen Folge zu leisten haben (§ 855), ausübt, sondern durch eine Person, welcher vertragsmäßig das Fällen und Abfahren des Holzes übertragen ist; diese ist nicht Besitzdiener, sondern unmittelbarer Besitzer (§ 868); sie ist für die Zwecke des Fällens und Abfahrens dem anderen gegenüber zum Besitz berechtigt und verpflichtet, während das Verhältnis der Abhängigkeit, das § 855 beim Besitzdiener voraussetzt, fehlt. Dem Käufer bleibt der mittelbare Besitz, dieser wird aber durch eine seitens des unmittelbaren Besitzers dem mittelbaren Besitzer gegenüber abgegebene Erklärung, nicht mehr für diesen besitzen zu wollen, verloren. In diesem Falle kann der Käufer durch die Trennung nicht Eigentümer werden. Durch den zwar erklärten, aber dem mittelbaren Besitzer nicht kundgegebenen Entschluß, für diesen nicht mehr besitzen zu wollen, wird der Besitz nicht verloren, wie im Gegensatz zu den Ausführungen von

Strohal in Iherings Jahrb. Bd. 38 S. 1 ff. mit Planck § 856 Nr. 3, Motive Bd. III S. 107, 108 anzunehmen ist. Der mittelbare Besitzer wird schon Eigentümer, wenn auch der unmittelbare Besitzer das Holz heimlich an einen anderen verkauft und für diesen schlägt, mag auch der andere die gefällten Stämme für sich abfahren.

Da, wie oben gezeigt, § 956 BGB. nur die Ueberlassung des Besitzes der ganzen Sache betrifft, so findet auch Satz 2 keine Anwendung, wonach der Eigentümer die Gestattung, zu welcher er verpflichtet ist, nicht widerrufen kann, so lange der andere sich in dem überlassenen Besitz der Sache befindet. Aus allgemeinen Grundsätzen ergibt sich auch für den vorliegenden Fall — des Verkaufs und der Uebereignung von Bestandteilen mit Besitzüberlassung — das gleiche Resultat. Die Uebereignungserklärung, welche ausdrücklich oder stillschweigend in den Vertrag aufgenommen ist, bildet die dingliche Einigung. Diese ist, wie Planck in der Einleitung S. 15 ff., insbesondere S. 20, ausführlich darlegt, ein Vertrag, der den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über Verträge unterliegt. (Dagegen allerdings Gruchot, Beiträge Bd. 47 S. 57 ff.) Wenn nun auch die Einigung kein Klagerecht auf Erfüllung verleiht, so ist doch der Uebereignende nach § 145 BGB. an seinen Antrag gebunden und mehr als dies: der Antrag ist auch bereits angenommen (§ 151 BGB., v. Blume, Iherings Jahrb. Bd. 39 S. 429 ff.). Davon, daß die Einigung mangels der Tatbestandsmerkmale des § 929 BGB. nichtig sei, wie im Recht 1903 S. 38 behauptet ist, kann keine Rede sein. Denn § 929 fordert Einigung und Uebergabe, schließt aber nicht aus, daß erstere letzterer vorhergeht.

Zwar ist der Verkäufer nicht gehindert, sich mit einem Dritten über den Verkauf und die Ueberlassung an diesen zu einigen: denn die Einigung ist für sich allein keine Verfügung; aber dies kann den Eigentumserwerb des ersten Käufers, der sich im Besitz befindet, nicht hindern. Eigentumserwerb des Dritten ist selbst dann ausgeschlossen, wenn er den Käufer des Besitzes entsetzt, weil ihm der Besitz ja nicht vom Eigentümer übertragen ist. Da aber auch der Käufer nicht Eigentümer wird, so können die getrennten Bestandteile nach § 953 BGB. nur dem Eigentümer der ganzen Sache zufallen. Der Eigentümer des Waldes vereitelt den Eigentumserwerb des Besitzers der Bäume dadurch, daß er das Grundstück vor dem Abhieb einem Dritten durch Auflassung und Eintragung übereignet, dann fehlt im Zeitpunkte der Trennung die Einigung des derzeitigen Eigentümers und Erwerbers. Dem neuen Eigentümer gegenüber kann der Besitzer sich auf § 986 BGB. nicht berufen. Veräußert der Käufer die ungetrennten Bestandteile unter Uebertragung von Eigentum und Besitz an einen Dritten, so sind in der Person des Dritten im Zeitpunkte der Trennung alle Erfordernisse des derivativen Erwerbes nach § 929 BGB. erfüllt.

Besondere Bedeutung kommt noch der Frage zu, ob der Käufer von Bestandteilen und Früchten, dem der Besitz hieran übertragen wurde, in der Vollstreckung geschützt ist. Im „Recht" Nr. 24 Jahrg. 1903 wurde der Versuch unternommen, die Uebereignung als bedingtes Rechtsgeschäft zu konstruieren; die Interventionsklage sei dem Erwerber als bedingt Berechtigtem unter dem Gesichtspunkte des § 161 BGB. zuzubilligen. Auf S. 38 Jahrg. 1904 ist aber mit Recht darauf hingewiesen, daß hier gar keine Bedingung im Sinne des § 158 BGB. vorliegt. In der Tat fehlt eine Voraussetzung, welche das *objektive* Recht, nicht die Willenserklärung der Parteien für den dinglichen Erwerbsakt aufstellt.

Für die Mobiliar-Zwangsvollstreckung bleiben stehende Bäume und andere Bestandteile einer unbeweglichen Sache außer Betracht; § 810 CPO. findet nur auf Früchte im engeren Sinne, bei welchen man von einer „Reife" sprechen kann, Anwendung, nicht dagegen auf stehende Bäume. Soweit aber nach den Ausführungen im Eingang abgesonderter Besitz an Früchten oder Teilen einer beweglichen Sache gegeben ist, kann die Widerspruchsklage nach § 771 CPO. erhoben werden. Denn der Besitz ist anerkanntermaßen als ein die Veräußerung hinderndes Recht im Sinne dieser Gesetzesbestimmung zu betrachten, mag auch sonst die Frage, ob der Besitz ein Recht ist, anders zu beantworten sein (cf. Planck, BGB. Bd. III vor § 854). Aber auch Einwendungen nach § 776 CPO. können erhoben werden, sofern gegen den Widerspruch des Besitzers gepfändet wurde.

Die Stellung des Besitzers von Teilen einer unbeweglichen Sache z. B. von Bäumen eines Waldes in der Zwangsversteigerung d. n. R. läßt sich nach folgenden Fragen beantworten. Kann er der Beschlagnahme auf Grund des § 771 CPO. widersprechen? Wird durch den Zuschlag Eigentum auch an dem von ihm Besessenen auf den Ersteher übertragen? Kann er die Herausgabe an den Ersteher verweigern?

Nach § 20 II ZwVG. und § 1120 BGB. erstreckt sich die Beschlagnahme auf Erzeugnisse und sonstige Bestandteile, soweit sie mit der Trennung in das Eigentum eines Eigenbesitzers gelangt sind. Umsoviel mehr muß dies von den Gegenständen oder deren Teilen gelten, an welchen ein anderer nur Besitz erlangt hat. In § 21 III ZwVG. ist wohl der Fruchtbezug des Pächters, nicht aber der eines anderen Besitzers geschützt. Erwägt man ferner, daß Besitz eines Dritten auch dem freihändigen Verkaufe des Grundstückes und damit der Teile nicht entgegensteht, so kann der Besitz als solcher nicht als ein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht im Sinne des § 37 Ziff. 5 ZwVG. aufgefaßt werden.

Die Beschlagnahme hat übrigens nach § 23

auch die Wirkung, daß von nun an durch das Fällen Eigentum vom Käufer nicht mehr erworben werden kann (§§ 135, 136 BGB.).

Gemäß §§ 55, 90 ZwVG. wird der Ersteher durch den Zuschlag Eigentümer des Grundstückes und aller Gegenstände, auf welche sich die Beschlagnahme und Versteigerung erstreckt.

§ 93 ZwVG. gestattet die Zwangsvollstreckung auf Räumung und Herausgabe aus dem Zuschlagsbeschluß gegen jeden Besitzer (Mot. 271). Der letztere kann nach § 771 CPO. Widerspruchsklage erheben, wenn er auf Grund eines Rechtes besitzt, welches durch den Zuschlag nicht erloschen ist. Persönliche Rechte (auf Grund eines solchen wird in unseren Fällen besessen) werden nun allerdings durch den Zuschlag nicht betroffen (§ 52 ZwVG.). Diese richten sich aber auch nicht gegen den Ersteher. Der Besitzer kann daher dem letzteren die Einrede aus § 986 BGB. nicht entgegensetzen. (cf. Recht, 1903 S. 468). In gleicher Weise ist nach der bayer. Subh.O. zu entscheiden. Auch hier ist nur der Fruchterwerb des Pächters von der Beschlagnahme ausgenommen (Art. 39 Subh.O.). Der Besitz auf Grund eines anderen obligatorischen Rechts kann die Beschlagnahme in ihrer Wirkung auf Teile oder Früchte der Sache nicht beeinflussen. Der Räumungsbefehl des Art. 78 Ziff. 8 Subh.O. kann allerdings nur gegen den Schuldner erlassen werden, nicht gegen einen anderen Besitzer (cf. Bayer. Not.Zt. 1891 S. 149, Ortenau, Komm. z. Subh.O. zu Art. 78). Der Ersteher kann aber sein Eigentum, welches er nach Art. 55 Ziff. 2 l. c. erworben hat, von jedem Besitzer klageweise verlangen, ohne daß ihm die exceptio rei vend. et trad. aus der Person des Subhastaten entgegengesetzt werden kann.

---

# Streitfragen aus dem Bayerischen Hinterlegungsrechte.

Von Landgerichtsrat **Neumiller** in München.

### III. Wem ist der Weiterhinterlegungsbeschluß des Prozeßgerichts (§ 805 Abs. 4 CPO.) vorzulegen?

Ueber obige Frage enthält die CPO. nichts. Aus der Verweisung auf § 769 ergibt sich nur, daß es Sache des Vorrechtsklägers ist, die prozeßgerichtliche einstweilige Anordnung „beizubringen", widrigenfalls die Zwangsvollstreckung ohne weiteres, d. h. ohne weitere gerichtliche Erlaubnis, fortzusetzen ist. Es hat also nicht etwa das Prozeßgericht seinen Weiterhinterlegungsbeschluß außer der Zustellung an beide Parteien (§ 329) noch einer anderen Behörde mitzuteilen oder das Vollstreckungsgericht oder der Gerichtsvollzieher Nachforschungen nach der Erlassung eines solchen Beschlusses zu pflegen. Auch § 775 enthält keine ausdrückliche Erwähnung der Hinterlegungsbeschlüsse, sondern spricht wörtlich nur von „Einstellung" oder „Beschränkung" der Zwangsvollstreckung. Darunter ist freilich die Erlöshinterlegung mitzuverstehen (RGE. XXX 397); aber auch hier ist die Person nicht genannt, welcher die einstellende Entscheidung „vorgelegt" werden muß. Vor dem 1. Januar 1900 wurde in Bayern der prozeßgerichtliche Beschluß fast allgemein dem Vollstreckungsgerichte (§ 769 Abs. 2) selbst vorgelegt. Dies war sachgemäß; denn damals wurde der Erlös zur Verfügung dieses Vollstreckungsgerichtes einbezahlt und letzteres hatte nach fruchtlosem Fristablaufe gemäß §§ 8, 38 der Verordnung vom 8. September 1879 von Amts wegen Mandat zur Erlösrückgabe an den Gerichtsvollzieher zu erlassen. Geschah diese Hinausmandierung in der Form eines auch den Parteien zugestellten Beschlusses, so bestand doch kein Zweifel, daß dieser Beschluß nicht den Vorschriften der CPO. unterlag, sondern einen Justizverwaltungsakt darstellte und durch eine formlose Benachrichtigung von der Erlassung des Ausgabemandats ersetzt werden konnte. Der Gerichtsvollzieher hatte mit dem Erlöse weiter zu verfahren, wie wenn eine Hinterlegung nicht stattgefunden hätte; kam ihm nach der Erhebung des Depots nachträglich ein prozeßgerichtlicher Hinterlegungsbeschluß zu, so erübrigte ihm nur neuerliche Deponierung. Um solches Hin- und Herschieben des Geldes zu vermeiden, und weil das Vollstreckungsgericht den Fristablauf auf Grund seiner Zustellungsnachweise am besten überwachen konnte, war es das entsprechendste, ihm die prozeßgerichtliche Anordnung vorzulegen und zwar hatte dies in gerichtlicher Ausfertigung, nicht etwa bloß in anwaltschaftlich beglaubigter Abschrift zu geschehen (vgl. § 775), die nach entsprechendem Aktenvermerk dem Einreicher zurückzugeben war.

Seit dem 1. Januar 1900 haben sich diese Zuständigkeitsverhältnisse wesentlich geändert. Die Prozeß- und Vollstreckungsgerichte als solche haben eine Depositalverwaltung nicht mehr zu führen und hienach, abgesehen vom Verteilungsverfahren, weder Recht noch Pflicht, künftig Ausgabemandate zu erlassen, wenn ihnen auch nach § 200 der Gesch.-A. f. GVollz. immerhin Anzeige von einer auf grund ihres Beschlusses betätigten Hinterlegung zu machen ist. Da hienach dem Vollstreckungsgerichte (§ 805 Abs. 4) die Zuständigkeit zu einer Ausgabeanordnung oder Weisung (§§ 27, 49 HO.) fehlt, so hat es keinerlei Wert mehr, dem genannten Gerichte den Weiterhinterlegungsbeschluß vorzulegen. Es muß genügen, wenn dies dem Gerichtsvollzieher gegenüber geschieht; einer Vorlage an die Hinterlegungsstelle bedarf es nicht. Das Herausgabeverfahren erfordert nämlich nach jetzigem Rechte stets einen Antrag (§§ 23, 50 HO.). Zu diesem ist allein der Gerichtsvollzieher, nicht etwa dessen Auftraggeber selbst befugt, wie auch die Auszahlung nur an den Gerichtsvollzieher „zur Fortsetzung der Vollstreckung" (§ 819) geschehen darf.[1])

[1]) Ist die K. Bank Hinterlegungsstelle, so bedarf sie zur Herausgabe auf den Antrag des Gerichtsvollziehers

Ist dem Gerichtsvollzieher ein Weiterhinterlegungsbeschluß vorgelegt, so darf er den Rückgabeantrag nicht stellen, muß den gestellten Antrag zurückziehen und einen bereits erhobenen Erlös wieder hinterlegen. Der Vorrechtsgläubiger ist also in jedem Falle durch die Amtspflicht des Gerichtsvollziehers genügend gesichert. Da die Hinterlegungsstelle eine Auszahlung niemals von Amts wegen vornimmt, so erübrigt sich eine Vorlegung an erstere als überflüssig, wenn auch nicht schlechthin unzulässig. Eine Vorlegung an den Weisungsrichter (§§ 49, 50 HO.) findet nicht statt, da dieser keine Registratur für künftige Anträge zu halten hat, die Schriftstücke vielmehr bei der Hinterlegungsstelle aufzubewahren sind (§ 20 MB. vom 28. Dezember 1899, JMBl. S. 1085; § 14 des Bankreglements vom 18. Dezember 1899, JMBl. S. 1129; § 5 der Vollz.-Vorschr. zu letzterem vom 28. Dezember 1899, JMBl. S. 1117). Andererseits gewährt natürlich die bloße Zustellung von Amts wegen an den Vorrechtsbeklagten ohne Vorlegung an den Gerichtsvollzieher keinerlei wirklichen Schutz, außer daß der erstere bei etwaiger Erlösempfangnahme in bösen Glauben versetzt wird. Eine Zustellung im Parteibetriebe ist formell wirkungslos und sind deren Kosten nicht erstattbar (RGE. XXXII 417).

Lediglich der Vollständigkeit halber mag darauf hingewiesen sein, daß in der Hinterlegungserklärung die Rücknahmebefugnis des Gerichtsvollziehers nach Fristablauf vorbehalten sein muß und daß die Frist seitens des Vollstreckungsgerichtes praktisch nach dem Datum bestimmt wird, um deren Ablauf ohne Weiterungen konstatieren zu können. Verzögert sich die Zustellung an den Vorrechtskläger, so kann sich die Datumfrist ihm gegenüber allerdings sehr erheblich verkürzen; es muß ihm aber solchenfalls ein Verlängerungsantrag überlassen bleiben und jedenfalls können solche seltene Fälle keinen Anlaß geben, auf die großen Vorteile der Datumfrist für die Praxis zu verzichten. Enthält der prozeßgerichtliche Weiterhinterlegungsbeschluß, wie auf Grund der RGE. X 314 häufig der Fall, die Bedingung der Klagszustellung, so obliegt die Prüfung, ob diese geschehen, dem Gerichtsvollzieher. Ob die Zustellung wirksam ist, — eine bekanntlich gerade hier sehr zweifelhafte Frage —, kann nicht vom Gerichtsvollzieher, sondern nur vom Prozeßgericht selbst geprüft werden. Andernfalls könnten sich hierüber bei Einwendungen divergierende Entscheidungen auch im Instanzenzuge ergeben, die unerträglich wären.[1]

Ist die Frist zur Beibringung des prozeßgerichtlichen Beschlusses fruchtlos abgelaufen, aber zugleich der Fall des Verteilungsverfahrens gegeben, so hat der Gerichtsvollzieher entsprechende Anzeige an das Verteilungsgericht zu machen, damit die Verteilung (ohne Rücksicht auf das Vorrecht) durchgeführt wird.

Die Richtigkeit der hier gegebenen Darstellung des Verfahrens erhält ihre Bestätigung durch die zu § 815 Abs. 2 ergangenen Vorschriften. Der dort normierte Fall berührt sich mit § 805 sehr nahe, weil dort ebenfalls die Vollstreckung in der Form eingestellt wird, daß der Gegenstand der Vollstreckung (Bargeld) einstweilen hinterlegt wird. § 97 der Gesch.A. f. GVollz. sagt nun ausdrücklich, daß der Gerichtsvollzieher die Herausgabe des Geldes bei der Hinterlegungsstelle zu veranlassen hat, wenn „ihm" nicht binnen zwei Wochen der prozeßgerichtliche Einstellungsbeschluß beigebracht wird. Die Geschäftsanweisung ist also offenbar der Meinung, daß dieser Beschluß nicht etwa der Hinterlegungsstelle vorzulegen ist und der gleichen Ansicht ist Gaupp-Stein zu § 815 Abs. 2. Letzterer macht auch mit Recht darauf aufmerksam, daß die Hinterlegungserklärung vorsichtig zu fassen ist, damit sich nicht der Gerichtsvollzieher selbst den Beweis der Nichtexistenz eines prozeßgerichtlichen Beschlusses aufbürdet.

Bei der immerhin anzuerkennenden Zweifelhaftigkeit der erörterten Frage dürfte es sich empfehlen, daß die Vollstreckungsgerichte in ihren einstweiligen Anordnungen ausdrücklich den Gerichtsvollzieher als denjenigen benennen, dem die Entscheidung des Prozeßgerichts vorzulegen ist, widrigenfalls ihm auf seinen Antrag der Erlös zur Fortsetzung der Vollstreckung wieder hinausgegeben wird.

## IV. Wer ist nach der Hinterlegungsordnung bei der Pfändung von Depositenansprüchen Drittschuldner und Zustellungsempfänger?[1]

Die Erwiderung auf obige in der Praxis ebenso wichtige wie zweifelhafte Frage wird meist lauten: „Die Hinterlegungsstelle". Damit ist indessen eine erschöpfende und gesetzentsprechende Antwort nicht gegeben; denn Drittschuldner kann nur eine physische oder juristische Person sein, Behörden (Stellen) als solche aber haben keine Rechtspersönlichkeit (Bl. f. RA. LXV 14; R. S. III 949). In den Regelfällen der HO. (§ 3) kann als Drittschuldner korrekterweise demnach nur diejenige Rechtspersönlichkeit bezeichnet werden, welche von der amtsgerichtlichen Hinterlegungsstelle bei den Hinterlegungsgeschäften vertreten wird. Das kann nicht das Amtsgericht sein, denn dieses ist selbst nur eine parteiunfähige Behörde; die Beamten der Hinter-

noch der Weisung des Amtsgerichtes (§ 49 Abs. 1 HO.), welche von einem vollstreckungsgerichtlichen Beschlusse wohl zu unterscheiden ist.

[1] Gerade dieser Umstand zeigt die Bedenklichkeit der genannten Entscheidung. Müßte dem Prozeßgericht bei Erlassung des Weiterhinterlegungsbeschlusses bereits der Klagezustellungsnachweis vorgelegt sein, so wären solche Zweifel von vorneherein abgeschnitten.

[1] Obiger Aufsatz war bereits geraume Zeit vor Erlassung des S. 110 mitgeteilten zum gleichen Ergebnisse gelangten Urteils geschrieben; vgl. auch meine Handausgabe der CPO. S. 368 (Note II zu § 829).

auch die Wirkung, daß von nun an durch das Fällen Eigentum vom Käufer nicht mehr erworben werden kann (§§ 135, 136 BGB.).

Gemäß §§ 55, 90 ZwVG. wird der Ersteher durch den Zuschlag Eigentümer des Grundstückes und aller Gegenstände, auf welche sich die Beschlagnahme und Versteigerung erstreckt.

§ 93 ZwVG. gestattet die Zwangsvollstreckung auf Räumung und Herausgabe aus dem Zuschlagsbeschluß gegen jeden Besitzer (Mot. 271). Der letztere kann nach § 771 CPO. Widerspruchsklage erheben, wenn er auf Grund eines Rechtes besitzt, welches durch den Zuschlag nicht erloschen ist. Persönliche Rechte (auf Grund eines solchen wird in unseren Fällen besessen) werden nun allerdings durch den Zuschlag nicht betroffen (§ 52 ZwVG.). Diese richten sich aber auch nicht gegen den Ersteher. Der Besitzer kann daher dem letzteren die Einrede aus § 986 BGB. nicht entgegensetzen. (cf. Recht, 1903 S. 468). In gleicher Weise ist nach der bayer. Subh.O. zu entscheiden. Auch hier ist nur der Fruchterwerb des Pächters von der Beschlagnahme ausgenommen (Art. 39 Subh.O.). Der Besitz auf Grund eines anderen obligatorischen Rechts kann die Beschlagnahme in ihrer Wirkung auf Teile oder Früchte der Sache nicht beeinflussen. Der Räumungsbefehl des Art. 78 Ziff. 8 Subh.O. kann allerdings nur gegen den Schuldner erlassen werden, nicht gegen einen anderen Besitzer (cf. Bayer. Not.Zt. 1891 S. 149, Ortenau, Komm. z. Subh.O. zu Art. 78). Der Ersteher kann aber sein Eigentum, welches er nach Art. 55 Ziff. 2 l. c. erworben hat, von jedem Besitzer klageweise verlangen, ohne daß ihm die exceptio rei vend. et trad. aus der Person des Subhastaten entgegengesetzt werden kann.

---

## Streitfragen aus dem Bayerischen Hinterlegungsrechte.

Von Landgerichtsrat **Neumiller** in München.

### III. Wem ist der Weiterhinterlegungsbeschluß des Prozeßgerichts (§ 805 Abs. 4 CPO.) vorzulegen?

Ueber obige Frage enthält die CPO. nichts. Aus der Verweisung auf § 769 ergibt sich nur, daß es Sache des Vorrechtsklägers ist, die prozeßgerichtliche einstweilige Anordnung „beizubringen“, widrigenfalls die Zwangsvollstreckung ohne weiteres, d. h. ohne weitere gerichtliche Erlaubnis, fortzusetzen ist. Es hat also nicht etwa das Prozeßgericht seinen Weiterhinterlegungsbeschluß außer der Zustellung an beide Parteien (§ 329) noch einer anderen Behörde mitzuteilen oder das Vollstreckungsgericht oder der Gerichtsvollzieher Nachforschungen nach der Erlassung eines solchen Beschlusses zu pflegen. Auch § 775 enthält keine ausdrückliche Erwähnung der Hinterlegungsbeschlüsse, sondern spricht wörtlich nur von „Einstellung“ oder „Beschränkung“ der Zwangsvollstreckung. Darunter ist freilich die Erlöshinterlegung mitzuverstehen (RGE. XXX 397); aber auch hier ist die Person nicht genannt, welcher die einstellende Entscheidung „vorgelegt“ werden muß. Vor dem 1. Januar 1900 wurde in Bayern der prozeßgerichtliche Beschluß fast allgemein dem Vollstreckungsgerichte (§ 769 Abs. 2) selbst vorgelegt. Dies war sachgemäß; denn damals wurde der Erlös zur Verfügung dieses Vollstreckungsgerichtes einbezahlt und letzteres hatte nach fruchtlosem Fristablaufe gemäß §§ 8, 38 der Verordnung vom 8. September 1879 von Amts wegen Mandat zur Erlösrückgabe an den Gerichtsvollzieher zu erlassen. Geschah diese Hinausmandierung in der Form eines auch den Parteien zugestellten Beschlusses, so bestand doch kein Zweifel, daß dieser Beschluß nicht den Vorschriften der CPO. unterlag, sondern einen Justizverwaltungsakt darstellte und durch eine formlose Benachrichtigung von der Erlassung des Ausgabemandats ersetzt werden konnte. Der Gerichtsvollzieher hatte mit dem Erlöse weiter zu verfahren, wie wenn eine Hinterlegung nicht stattgefunden hätte; kam ihm nach der Erhebung des Depots nachträglich ein prozeßgerichtlicher Hinterlegungsbeschluß zu, so erübrigte ihm nur neuerliche Deponierung. Um solches Hin- und Herschieben des Geldes zu vermeiden, und weil das Vollstreckungsgericht den Fristablauf auf Grund seiner Zustellungsnachweise am besten überwachen konnte, war es das entsprechendste, ihm die prozeßgerichtliche Anordnung vorzulegen und zwar hatte dies in gerichtlicher Ausfertigung, nicht etwa bloß in anwaltschaftlich beglaubigter Abschrift zu geschehen (vgl. § 775 ), die nach entsprechendem Aktenvermerk dem Einreicher zurückzugeben war.

Seit dem 1. Januar 1900 haben sich diese Zuständigkeitsverhältnisse wesentlich geändert. Die Prozeß- und Vollstreckungsgerichte als solche haben eine Depositalverwaltung nicht mehr zu führen und hienach, abgesehen vom Verteilungsverfahren, weder Recht noch Pflicht, künftig Ausgabemandate zu erlassen, wenn ihnen auch nach § 200 der Gesch.-A. f. GVollz. immerhin Anzeige von einer auf grund ihres Beschlusses betätigten Hinterlegung zu machen ist. Da hienach dem Vollstreckungsgerichte (§ 805 Abs. 4) die Zuständigkeit zu einer Ausgabeanordnung oder Weisung (§§ 27, 49 HO.) fehlt, so hat es keinerlei Wert mehr, dem genannten Gerichte den Weiterhinterlegungsbeschluß vorzulegen. Es muß genügen, wenn dies dem Gerichtsvollzieher gegenüber geschieht; einer Vorlage an die Hinterlegungsstelle bedarf es nicht. Das Herausgabeverfahren erfordert nämlich nach jetzigem Rechte stets einen Antrag (§§ 23, 50 HO.). Zu diesem ist allein der Gerichtsvollzieher, nicht etwa dessen Auftraggeber selbst befugt, wie auch die Auszahlung nur an den Gerichtsvollzieher „zur Fortsetzung der Vollstreckung“ (§ 819) geschehen darf.[1])

[1]) Ist die K. Bank Hinterlegungsstelle, so bedarf sie zur Herausgabe auf den Antrag des Gerichtsvollziehers



Ist dem Gerichtsvollzieher ein Weiterhinterlegungsbeschluß vorgelegt, so darf er den Rückgabeantrag nicht stellen, muß den gestellten Antrag zurückziehen und einen bereits erhobenen Erlös wieder hinterlegen. Der Vorrechtsgläubiger ist also in jedem Falle durch die Amtspflicht des Gerichtsvollziehers genügend gesichert. Da die Hinterlegungsstelle eine Auszahlung niemals von Amts wegen vornimmt, so erübrigt sich eine Vorlegung an erstere als überflüssig, wenn auch nicht schlechthin unzulässig. Eine Vorlegung an den Weisungsrichter (§§ 49, 50 HO.) findet nicht statt, da dieser keine Registratur für künftige Anträge zu halten hat, die Schriftstücke vielmehr bei der Hinterlegungsstelle aufzubewahren sind (§ 20 MB. vom 28. Dezember 1899, JMBl. S. 1085; § 14 des Bankreglements vom 18. Dezember 1899, JMBl. S. 1129; § 5 der Vollz.-Vorschr. zu letzterem vom 28. Dezember 1899, JMBl. S. 1117). Andererseits gewährt natürlich die bloße Zustellung von Amts wegen an den Vorrechtsbeklagten ohne Vorlegung an den Gerichtsvollzieher keinerlei wirklichen Schutz, außer daß der erstere bei etwaiger Erlösempfangnahme in bösen Glauben versetzt wird. Eine Zustellung im Parteibetriebe ist formell wirkungslos und sind deren Kosten nicht erstattbar (RGE. XXXII 417).

Lediglich der Vollständigkeit halber mag darauf hingewiesen sein, daß in der Hinterlegungserklärung die Rücknahmebefugnis des Gerichtsvollziehers nach Fristablauf vorbehalten sein muß und daß die Frist seitens des Vollstreckungsgerichtes praktisch nach dem Datum bestimmt wird, um deren Ablauf ohne Weiterungen konstatieren zu können. Verzögert sich die Zustellung an den Vorrechtskläger, so kann sich die Datumsfrist ihm gegenüber allerdings sehr erheblich verkürzen; es muß ihm aber solchenfalls ein Verlängerungsantrag überlassen bleiben und jedenfalls können solche seltene Fälle keinen Anlaß geben, auf die großen Vorteile der Datumfrist für die Praxis zu verzichten. Enthält der prozeßgerichtliche Weiterhinterlegungsbeschluß, wie auf Grund der RGE. X 314 häufig der Fall, die Bedingung der Klagszustellung, so obliegt die Prüfung, ob diese geschehen, dem Gerichtsvollzieher. Ob die Zustellung wirksam ist, — eine bekanntlich gerade hier sehr zweifelhafte Frage —, kann nicht vom Gerichtsvollzieher, sondern nur vom Prozeßgericht selbst geprüft werden. Andernfalls könnten sich hierüber bei Einwendungen divergierende Entscheidungen auch im Instanzenzuge ergeben, die unerträglich wären.[1]

Ist die Frist zur Beibringung des prozeßgerichtlichen Beschlusses fruchtlos abgelaufen, aber zugleich der Fall des Verteilungsverfahrens gegeben, so hat der Gerichtsvollzieher entsprechende Anzeige an das Verteilungsgericht zu machen, damit die Verteilung (ohne Rücksicht auf das Vorrecht) durchgeführt wird.

Die Richtigkeit der hier gegebenen Darstellung des Verfahrens erhält ihre Bestätigung durch die zu § 815 Abs. 2 ergangenen Vorschriften. Der dort normierte Fall berührt sich mit § 805 sehr nahe, weil dort ebenfalls die Vollstreckung in der Form eingestellt wird, daß der Gegenstand der Vollstreckung (Bargeld) einstweilen hinterlegt wird. § 97 der Gesch.A. f. GVollz. sagt nun ausdrücklich, daß der Gerichtsvollzieher die Herausgabe des Geldes bei der Hinterlegungsstelle zu veranlassen hat, wenn „ihm" nicht binnen zwei Wochen der prozeßgerichtliche Einstellungsbeschluß beigebracht wird. Die Geschäftsanweisung ist also offenbar der Meinung, daß dieser Beschluß nicht etwa der Hinterlegungsstelle vorzulegen ist und der gleichen Ansicht ist Gaupp-Stein zu § 815 Abs. 2. Letzterer macht auch mit Recht darauf aufmerksam, daß die Hinterlegungserklärung vorsichtig zu fassen ist, damit sich nicht der Gerichtsvollzieher selbst den Beweis der Nichtexistenz eines prozeßgerichtlichen Beschlusses aufbürdet.

Bei der immerhin anzuerkennenden Zweifelhaftigkeit der erörterten Frage dürfte es sich empfehlen, daß die Vollstreckungsgerichte in ihren einstweiligen Anordnungen ausdrücklich den Gerichtsvollzieher als denjenigen benennen, dem die Entscheidung des Prozeßgerichts vorzulegen ist, widrigenfalls ihm auf seinen Antrag der Erlös zur Fortsetzung der Vollstreckung wieder hinausgegeben wird.

### IV. Wer ist nach der Hinterlegungsordnung bei der Pfändung von Depositenansprüchen Drittschuldner und Zustellungsempfänger?[1])

Die Erwiderung auf obige in der Praxis ebenso wichtige wie zweifelhafte Frage wird meist lauten: „Die Hinterlegungsstelle". Damit ist indessen eine erschöpfende und gesetzentsprechende Antwort nicht gegeben; denn Drittschuldner kann nur eine physische oder juristische Person sein, Behörden (Stellen) als solche aber haben keine Rechtspersönlichkeit (Bl. f. RA. LXV 14; R. S. III 949). In den Regelfällen der HO. (§ 3) kann als Drittschuldner korrekterweise demnach nur diejenige Rechtspersönlichkeit bezeichnet werden, welche von der amtsgerichtlichen Hinterlegungsstelle bei den Hinterlegungsgeschäften vertreten wird. Das kann nicht das Amtsgericht sein, denn dieses ist selbst nur eine parteiunfähige Behörde; die Beamten der Hinter-

noch der Weisung des Amtsgerichtes (§ 49 Abs. 1 HO.), welche von einem vollstreckungsgerichtlichen Beschlusse wohl zu unterscheiden ist.

[1]) Gerade dieser Umstand zeigt die Bedenklichkeit der genannten Entscheidung. Müßte dem Prozeßgericht bei Erlassung des Weiterhinterlegungsbeschlusses bereits der Klagezustellungsnachweis vorgelegt sein, so wären solche Zweifel von vorneherein abgeschnitten.

[1]) Obiger Aufsatz war bereits geraume Zeit vor Erlassung des S. 110 mitgeteilten zum gleichen Ergebnisse gelangten Urteils geschrieben; vgl. auch meine Handausgabe der CPO. S. 368 (Note II zu § 829).

legungsstelle als solche können nicht Drittschuldner sein, denn sie handeln lediglich kraft ihres Amtes und eine persönliche Forderung gegen sie entsteht nur ausnahmsweise bei Verletzung der Amtspflicht (§ 839 BGB.) oder sonstigen schuldhaften Schädigungen (§§ 823, 826 BGB.), nicht aber bei ordnungsmäßiger Depositenbehandlung. Als Drittschuldner kann vielmehr nur das Staatsärar in Betracht kommen.[1]) Freilich ist die Konstruktion des Rechtsverhältnisses bei der öffentlichen Hinterlegung im neuen Rechte ebensowenig klar wie früher. Nach der überwiegenden Ansicht (vgl. RGE. XVII 105, XXXIII 204) handelt es sich hierbei, ähnlich wie beim Beamtenverhältnis, um eine eigentümliche Mischung von öffentlichem und bürgerlichem Recht, wie ja in Preußen auch Streit über die Zulässigkeit des Rechtswegs (Ausschließbarkeit der Rückgabeklage) besteht; vgl. D. Jur.Z. 1904 S. 655. Die rechtliche Formulierung wäre also diejenige eines auf das öffentliche Recht übergreifenden, analog dem BGB. zu beurteilenden Verwahrungsvertrags, wie dies bei der Urkundenverwahrung nach § 142 CPO. vom Reichsgerichte (E. LI 219) in der Tat angenommen worden ist.[2]) Verschieden von der Frage, welche Rechtspersönlichkeit Drittschuldner ist, liegt die weitere Frage, an wen der Pfändungsbeschluß gestellt werden muß. Das Reichsrecht bestimmt hierüber nur soviel (§ 171 CPO.), daß dies an den gesetzlichen Vertreter zu geschehen hat, und bei Behörden die Zustellung an „die" (oder den) Vorsteher genügt. Die gesetzliche Vertretung des Staatsärars bemißt sich nach Landesrecht. In Bayern wird angenommen, daß gesetzlicher Vertreter derjenige ist, der in erster Verwaltungsinstanz rechtswirksam freiwillige Anerkennung abgeben und freiwillige Zahlung bewirken kann. Das ist in Bayern bekanntlich nach den allgemeinen Formationsvorschriften (§§ 87, 120, 129 VO. vom 17. Dezember 1825, Reg.-Bl. S. 1049) die Kreisregierung, Kammer der Finanzen, unbeschadet etwaiger spezieller Normen, wie solche z. B. hinsichtlich des Militärärars und der Verkehrsanstalten vorhanden sind. Innerhalb des Justizfiskus bestehen solche spezielle Normen in Bayern nicht; es ist also die Kreisregierung auch für dessen Bereich, insbesondere für Ansprüche aus Art. 60, 61 AG. z. BGB., gesetzliche Vertreterin. Für das Hinterlegungswesen folgt jedoch schon aus dem obigen allgemeinen Satze, daß die Kreisregierung hinsichtlich der Rückgabe von Depositen nicht gesetzliche Vertreterin des Aerars sein kann; denn die Depositen stehen weder in der tatsächlichen Verfügungsgewalt (Kassensperre) der Regierung, noch gebührt letzterer rechtlich die Beschlußfassung über deren Herausgabe. Die Kassengeschäfte sind vielmehr von den beiden Hinterlegungsbeamten gemeinsam zu besorgen (§ 5 HO.), und die rechtliche Verfügung steht dem ersten Hinterlegungsbeamten, eventuell dem Landgerichtspräsidium und dem Justizminister zu (§§ 3, 10 HO.). Diese allein sind also berechtigt, dem Herausgabeanspruche freiwillig zu genügen; als gesetzlicher Vertreter kommt demnach der erste Hinterlegungsbeamte in Betracht, da er erste Verwaltungsinstanz ist. Ihm wäre also hiernach der Pfändungsbeschluß zuzustellen.[1]) Ob dies ohne persönliche Namensnennung in der Adresse geschehen kann, z. B. „An den I. Hinterlegungsbeamten des K. Amtsgerichts N. als Vertreter des K. Bayer. Staatsärars," ist nicht unzweifelhaft, aber analog dem „Ersten Staatsanwalt" eher zu billigen, da die Ermittlung des Namens bei Zustellung von auswärts zu recht unangenehmen Weiterungen führen könnte. Indessen kommt noch eine weitere landesrechtliche Vorschrift in Betracht, nämlich die

---

[1]) So auch RG. V. CS. (Gruchots Beitr. Bd XXXVII S. 114) hinsichtlich seitens einer preußischen Staatsanwaltschaft beschlagnahmter, beim Amtsgericht vorläufig verwahrter Gelder, während der III. CS. in einer gleich gelagerten Sache (Gruchots Beitr. Bd. XXX S. 1172) nur von den in Betracht kommenden Behörden selbst als Drittschuldnern spricht.

[2]) Diese Anwendung privatrechtlicher Vertragsnormen im Verhältnis zwischen den Hinterlegungsparteien und dem Staat bringt selbstverständlich mit sich, daß letzterer für die mit der Verwahrung und Auslieferung betrauten Personen ohne weiteres gemäß § 278 BGB. schon kraft Reichsrechts haftet (Rehbein, BGB. II 311). Außerdem kann in Bayern Art. 60, 61 AG. z. BGB. anwendbar sein. Der Unterschied ist bekanntlich sehr erheblich, zunächst hinsichtlich der Beweislast, dann aber auch hinsichtlich der Entlastungsmöglichkeit in den Fällen des § 831 BGB. Da es sich bei Klagen aus Art. 60, 61 hier um Ansprüche aus Justizverwaltungsakten handelt, wäre solchenfalls auch die Vorentscheidung nach Art. 7 VGHG. erforderlich (Krais in Bl. f. adm. Pr. L 289 ff.). Praktisch kann angesichts der §§ 8, 47, 10, 55 HO. eine solche Haftungsklage nur dann werden, wenn eine in specie zurückzugebende Sache abhanden gekommen ist, z. B. eine Kostbarkeit. Ob hierfür Geldersatz zu leisten, entscheidet zunächst die Regierungsfinanzkammer, nicht die Hinterlegungsstelle.

[1]) Er allein kann daher auch die Drittschuldnererklärung abgeben, da dieselbe das Aerar unter Umständen verpflichtet (RGE. XXIX 337, XLI 420), und zwar gleichgültig, ob die Herausgabe schließlich auf Grund gerichtlicher Entscheidung, sonstiger behördlicher Anordnung oder Parteieinigung erfolgt. Auch in diesen Fällen steht die formelle Verfügungsberechtigung nicht der zuständigen anderweitigen Behörde, sondern nur der Hinterlegungsstelle zu, wie schon die Vorschrift zeigt, daß nach solcher Anordnung oder Weisung eingehende gerichtliche Verbote von der Hinterlegungsstelle selbständig zu beachten sind (vgl. RG. in Gruchot XXXVII 114 gegen XXX 1172; §§ 27 HO., 5 Bank.Vollz.Vorschr., JMBl. 1899 S. 1117). — Anders dürfte die Sache bezüglich des „Konservators" in Strafsachen (VO. vom 8. Sept. 1879, GVBl. S. 1151) gelagert sein. Dieser entbehrt jeder Selbständigkeit und ist nur Besitzdiener der verfügungsberechtigten Behörde (Staatsanwalt, Untersuchungsrichter, Strafkammer). Letztere allein kann daher als gesetzliche Vertreterin des Aerars angesehen werden und ihr ist der Pfändungsbeschluß zuzustellen; bei Zweifeln ist mehrfache Zustellung dringend zu raten. Der Gerichtsvorstand kann nur als Zustellungsempfänger nach § 171 Abs. 2 CPO. in Betracht kommen (nicht für den Staatsanwalt!) A. M. Keidel in dieser Zeitschrift S. 57, der den Präsidenten selbst als Vertreter des Aerars ansieht.

VO. vom 2. Januar 1808 (Reg.Bl. S. 153, 726). Hiernach haben die Rentämter die ihnen unmittelbar insinuierten Gehaltsabzugsdekrete der kompetenten Justizbehörden unweigerlich zu befolgen. Diese Verordnung ist insoweit als aufgehoben zu erachten, als es sich um eine zivilprozessuale Vorschrift handelt. Denn durch Art. 973 der Bayer. PO. von 1869 wurde ausschließlich der Kassenvorstand als Zustellungsempfänger bestimmt und durch die nach Aufhebung der Bayer. PO. in Kraft getretene CPO. ausschließlich der gesetzliche Vertreter. Die Verordnung wird aber gleichwohl mit Recht für fortbestehend insofern erachtet, als es sich um eine Formationsnorm handelt; denn die Formation einschließlich der Bezeichnung des konkreten Zustellungsempfängers ist Sache des Landesrechts, wie ja auch die Funktionen des gesetzlichen Vertreters zwischen verschiedenen Personen landesrechtlich geteilt sein können. Als Formationsnorm kann diese vorverfassungsmäßige Verordnung auch ohne Gesetz geändert werden, wie dies z. B. hinsichtlich des Militärs (JMBl. 1898 S. 159) und der Verkehrsanstalten geschehen ist (JMBl. 1894 S. 93). Soweit eine solche Abänderung aber nicht nachträglich getroffen worden ist, nimmt man die Fortgeltung der erwähnten Verordnung an und dehnt sie auch auf andere Kassenbehörden als die Rentämter (z. B. auf die Kreiskassen) und auf andere fiskalische Schulden als Gehälter und Pensionen (z. B. Bauakkorde) aus. Die entsprechende Anwendung auf das Hinterlegungswesen führt zur wirksamen Zustellung an „die Hinterlegungsstelle" als Kassenbehörde und zwar gemäß § 171 CPO. wiederum zu Handen des ersten Hinterlegungsbeamten als Vorsteher.[1]) Im Pfändungsbeschlusse selbst ist aber korrekterweise als Drittschuldner das „K. Bayer. Staatsärar" aufzuführen; an dieses richtet sich das Zahlungsverbot. Daß Pfändungsbeschlüsse an die Hinterlegungsstelle zugestellt werden, setzt offenbar auch § 20 der MB. vom 28. Dezember 1899 (JMBl. S. 1085) voraus und wird der erste Hinterlegungsbeamte durch § 23 der gleichen Vorschriften ausdrücklich auf deren Beachtung hingewiesen; eine sonstige Vorschrift enthält diese Anweisung über die Zustellung von Pfändungsbeschlüssen ebensowenig wie die Hinterlegungsordnung selbst.[2])

Mit Vorstehendem dürften die Rechtsverhältnisse der gewöhnlichen Hinterlegungsstellen bei den Amtsgerichten genügend erörtert sein. Dagegen ergeben sich weitere Schwierigkeiten, wenn die K. Bank Hinterlegungsstelle ist, und zwar aus zwei verschiedenen Gründen. Zunächst fällt hier die Funktion der Hinterlegungsstelle nicht mit der Kompetenz über die Auszahlung zusammen, weil in den meisten Fällen die Hinterlegungsstelle der Weisung des Amtsgerichts bedarf. Ob die Weisung erforderlich ist oder wird, kann der pfändende Gläubiger vorher unmöglich wissen. Andererseits ist die Weisung insofern ein Internum zwischen Amtsgericht und Hinterlegungsstelle, als letztere, also die K. Bank, ein nach der Weisung bei ihr eingehendes gerichtliches Verbot, z. B. einen Pfändungsbeschluß, gleichwohl berücksichtigen muß. Auch die Schriftstücke hinsichtlich des Depots werden nicht beim Weisungsrichter aufbewahrt, sondern bei der K. Bank, die sie nötigenfalls dem Weisungsrichter überschickt. Es ist also der Gläubiger durch Zustellung des Pfändungsbeschlusses an die K. Bank als Hinterlegungsstelle unter allen Umständen geschützt, mag sich schließlich die Weisung als erforderlich zeigen oder nicht.[1])

Die andere Schwierigkeit ergibt sich aus der Zweifelhaftigkeit der Stellung der K. Bank. Es ist bestritten, ob die K. Bank eine selbständige Rechtspersönlichkeit neben dem Fiskus besitzt; insbesondere hat das Oberste Landesgericht (S. XI 531) in einer Gebührensache angenommen, daß die Forderungen der K. Bank nicht schlechthin identisch mit denjenigen des K. Fiskus seien, obwohl letzterer als Bankinhaber in das Handelsregister eingetragen war. Auch die Hinterlegungsordnung bedient sich ähnlich wie die Bankorganisationsverordnung vom 13. Dezember 1878 (GVBl. S. 484) einer Ausdrucksweise, die auf Selbständigkeit der Bank schließen läßt. Insbesondere heißt es im § 47 HO., das Eigentum an dem hinterlegten Bargeld gehe auf „die K. Bank" über, welche dem Empfangsberechtigten für Kapital und Zins zahlungspflichtig sei. Ferner besagt § 52 HO., daß das Erlöschen des Anspruchs zugunsten der K. Bank stattfinde, während bei den amtsgerichtlichen Hinterlegungsstellen nach § 37 HO. das Erlöschen dem K. Fiskus zustatten kommt. Es ist hier nicht der Ort, diese Streitfrage eingehend zu erörtern und zur Entscheidung zu bringen.[2]) Für

---

[1]) Im Ergebnisse ebenso Habel, HO., jedoch lediglich mit Bezugnahme auf Gaupp-Stein, CPO. zu § 829. Dieser verweist für Bayern auf Bl. f. RA. LXIII 283, 339, wo aber der ausschlaggebende Punkt (Aerar als Drittschuldner) nicht erwähnt ist, vielmehr die verfügungsberechtigten Behörden als selbständige Drittschuldner behandelt werden. — Ist der Amtsgerichtsvorstand nicht selbst erster Hinterlegungsbeamter, so wird man die Zustellung zu seinen Handen doch nach § 171 Abs. 2 CPO. für wirksam halten müssen; denn die Hinterlegungsstelle ist immerhin ein Bestandteil des Amtsgerichts.

[2]) Art. 25 a des Anhaltischen AG. z. BGB. vom 18. April 1899 bestimmt dagegen ausdrücklich, daß Pfändungsbeschlüsse neben der Finanzdirektion als gesetzlicher Vertreterin des Fiskus auch rechtswirksam an die Hinterlegungsstellen zugestellt werden können.

[1]) So jetzt auch Urteil des OLG. München vom 10. Januar 1905 (Ztschr. S. 110).

[2]) Pemsel, CPO., hält die K. Bank für eine selbständige Rechtspersönlichkeit („Korporation") neben dem Staatsärar, wie dies ja bei der Reichsbank nach § 12 RG. vom 14. März 1875 unzweifelhaft ist. Schmitt, B. PO., Hellmann, CPO., Schierlinger, im Anhang für Bayern zu Gaupp CPO. betrachten die K. Bank offenbar als statio fisci, da sie dieselbe bei der gesetzlichen Vertretung des letzteren aufzählen. Habel, HO., scheint inhaltlich der Note zu § 52 (S. 66) der gleichen Ansicht. Seydel (Staatsr. II 395, III 343) drückt sich ebensowenig

die Praxis muß aber das Bestehen derselben allein schon zu großer Vorsicht mahnen; denn wenn im Pfändungsbeschlusse ein unrichtiger Drittschuldner bezeichnet ist, so ist die Vollstreckung unwirksam, selbst wenn der Beschluß durch die Zustellung zur Kenntnis des richtigen Drittschuldners gelangt ist (Falkmann, Zw.V. 1. Aufl. S. 249). Einen Ausweg bietet hier die Rechtsprechung, wonach es bei juristischen Personen genügen soll, wenn an Stelle der Bezeichnung letzterer in verkehrsüblicher Weise die vertretende Behörde genannt ist (ROHG. XV 317; S. o. E. VI 220). So hat insbesondere auch das Reichsgericht es wiederholt für einen unschädlichen und jederzeit, sogar noch von Amts wegen in der Revisionsinstanz berichtigbaren Verstoß bei der Parteibezeichnung erachtet, wenn statt des Fiskus dessen gesetzlicher Vertreter allein genannt war, z. B. die preußische Gerichtskasse (Jur. Wschr. 1899 S. 826) oder die Staatsanwaltschaft (Gruchot XXXVII 114). Durch Ausnützung dieser milden Praxis kann der Pfändungsgläubiger die Gefahren umgehen, welche ihm aus der Streitfrage über die selbständige Rechtspersönlichkeit der K. Bank drohen. Er braucht hiernach in seinen Anträgen und Zustellungsanträgen den Drittschuldner lediglich mit: „K. Bank als Hinterlegungsstelle" zu bezeichnen und kann sich darüber ausschweigen, ob damit die Bank als juristische Person oder als gesetzliche Vertreterin des Staatsärars gemeint ist. Sogar in den Pfändungsbeschlüssen wird praktisch diese allerdings zweideutige Bezeichnung genügen, da es angesichts des im § 55 HO. vorgesehenen Verwaltungsinstanzenzugs zu einem Einziehungsprozeß gegen den Drittschuldner doch nicht kommt.

Richtig verstanden ist demnach die eingangs beanstandete landläufige Antwort auf die in der Ueberschrift gestellte Frage allerdings für die Praxis genügend.[1])

## Ermittelungen nach Einlegung des Einspruchs gegen einen Strafbefehl.

Von Dr. **Albert Behr**, Amtsanwalt in Kaiserslautern.

Durch § 158 StPO. ist der Staatsanwaltschaft zur Pflicht gemacht, behufs ihrer Entscheidung darüber, ob die öffentliche Klage zu erheben oder die Einstellung des Verfahrens zu verfügen sei (§ 168 II l. c.), den Sachverhalt zu erforschen, und zu diesem Zwecke das Recht eingeräumt, Ermittelungen jeder Art vorzunehmen. Die gleiche Pflicht und Befugnis steht dem Amtsanwalt bezüglich seiner Entschließung darüber zu, ob nach Einlegung des Einspruchs gegen einen Strafbefehl die durch den Antrag auf Erlassung eines solchen erhobene Klage (§ 447 I, 451 I l. c.; Loewe, Kommentar Anmerkung 7 zu § 447 S. 919; Birkmeyer, Lehrbuch S. 768/769 sub 2; S. 144 sub I, 1) aufrecht zu erhalten oder fallen zu lassen sei. Solche Erhebungen werden denn auch nach Zuleitung des Einspruchs vom Amtsanwalt in Gestalt von Einspruchsrecherchen bei der Gendarmerie, den Polizei- und anderen Behörden, von Vernehmungen des Beschuldigten, sowie von Zeugen und Sachverständigen, Ortsbesichtigungen, Einholung von Gutachten usw. betätigt. Im allgemeinen werden — Zweifelsfälle ausgenommen — im Strafbefehlsverfahren *vor Erhebung der Klage* mit Rücksicht auf die Notwendigkeit beschleunigter Erledigung und die summarische Natur dieser Prozedur eingehendere Erhebungen nicht gepflogen werden. So kommt es, daß vielfach erst durch die auf den Einspruch hin angeordneten umfassenderen Ermittelungen Tatsachen zutage gefördert werden, die ein weiteres Nachforschen sowie Prozeßhandlungen notwendig erscheinen lassen, die der Ermittelungsbefugnis des Amtsanwaltes entzogen sind. Insbesondere kann es sich ergeben, daß als einziges Mittel zur Herbeiführung wahrheitsgemäßer Aussagen eines Zeugen dessen eidliche Vernehmung durch den Richter übrig bleibt.

Ist nun im Hinblick auf die hierüber allein Aufschluß gebenden Bestimmungen des § 65 l. c. eine solche in dem hier in Frage stehenden Prozeßabschnitt zulässig?

§ 65 bestimmt zunächst, daß die Beeidigung der Zeugen grundsätzlich nur in der Hauptverhandlung zu erfolgen hat.

Eine Ausnahme läßt § 222 (§ 65 I) zu, wonach unter gewissen Voraussetzungen die beeidigte kommissarische Vernehmung von Zeugen außerhalb der Hauptverhandlung stattfinden darf. Loewe S. 577 Anmerkung 1 a zu § 222 vertritt nun die Ansicht, daß eine solche Vernehmung nur nach

---

klar aus wie die Organisationsverordnung selbst. Die Frage ist insbesondere wegen der Möglichkeit der feindlichen Beschlagnahme von Bankbeständen im Kriege bedeutsam. Jedenfalls könnte nicht die Eigenschaft einer Korporation, sondern nur diejenige einer Anstalt (§ 89 BGB.) in Betracht kommen.

[1]) Mit der Zustellung an die Hinterlegungsstelle sind auch die Ansprüche gegen das Aerar aus § 278 BGB., z. B. im Falle des Diebstahls von Kostbarkeiten, gepfändet, nicht dagegen Ansprüche aus Amtspflichtverletzungen anderer Behörden, deren Weisungen die Hinterlegungsstelle zu befolgen hatte. Dies ist freilich für den Pfändungsgläubiger mißlich, da er bei dem neuerlichen Pfändungsverfahren seinen früheren Vorrang verlieren kann. Die Frage der Mitpfändung von Surrogatforderungen ist übrigens viel weitergreifend und sehr bestritten (Jur. Wschr. 1902 S. 530; S. XI 541). Selbstverständlich ist auch eine Pfändung wertlos, wenn die davon betroffene Forderung dem Schuldner nicht direkt gegen das Aerar, sondern z. B. gegen den Gerichtsvollzieher zusteht, der nur zwecks Verwahrung, nicht zwecks Schuldbefreiung hinterlegt hat. Solchenfalls ist *nur* der Gerichtsvollzieher kraft Amts rückforderungsberechtigt. Ob die Gerichtsvollzieherei eine zustellungsfähige „Behörde" ist, mag zweifelhaft sein, für die Praxis besteht ein erhebliches Bedürfnis, die Frage mit der Folge zu bejahen daß nicht nur dem Amtsgerichtsvorstande, sondern auch dem die Geschäfte der Gerichtsvollzieherei leitenden Gerichtsschreiber zugestellt werden könnte (vgl. § 33 GVollz.O.), zumal bei räumlicher Trennung beider. Keinesfalls kann namentliche Bezeichnung des Gerichtsvollziehers gefordert werden, wenn nur einer vorhanden ist.

erfolgter Eröffnung des Hauptverfahrens zulässig sei. M. E. ohne Berechtigung. Denn es gibt Verfahrensarten, in denen eine Eröffnung des Hauptverfahrens, trotz Stattfindens einer Hauptverhandlung, nicht erfolgt und dennoch die Anwendbarkeit des § 222 nicht ausgeschlossen erscheint. Unterstützt wird allerdings die Auffassung Loewes durch die Motive zur StPO. Nach diesen bezeichnet das Gesetz mit dem Ausdruck „Vorbereitung der Hauptverhandlung" d. i. dem Titel des 5. Abschnittes des 2. Buches, dem auch § 222 angehört, „den Inbegriff aller derjenigen Handlungen des Gerichts, der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten, welche in den Zeitraum zwischen dem Erlaß der das Hauptverfahren eröffnenden Entscheidung und dem Beginn der Hauptverhandlung selbst fallen" (Mot. S. 176). Dementsprechend könnte dieser Abschnitt nur auf solche Strafprozesse Anwendung finden, in denen eine Eröffnung des Hauptverfahrens stattfindet. Dem steht aber die Erwägung entgegen, daß keine Bestimmung in ihm enthalten ist, welche dies zur Voraussetzung seiner Anwendbarkeit machen würde. Vielmehr werden seine sämtlichen Vorschriften auch in den Fällen beachtet, in denen ohne Eröffnung des Hauptverfahrens zur Hauptverhandlung geschritten wird, so in allen Strafsachen, die Uebertretungen betreffen und nicht durch Strafbefehl erledigt werden können oder wollen (cf. § 447, insbesondere Absatz III und dazu § 362 StGB.; sodann § 27 Ziff. 1 GVG.; § 367 Ziff. 15 StGB. mit Art. 105 PStGB.; Art. 73 PStGB.), in denen sich der Beschuldigte freiwillig stellt oder infolge einer vorläufigen Festnahme dem Gerichte vorgeführt wird, endlich in den Fällen, in welchen über einen gegen Strafbefehle erhobenen Einspruch und über Anträge auf gerichtliche Entscheidung gegen polizeiliche Strafverfügungen und Strafbescheide der Verwaltungsbehörden zu befinden ist (§§ 451, 496, 462 StPO.). Es ist daher nicht einzusehen, warum in diesen Fällen § 222 nicht anwendbar sein sollte, während doch alle anderen §§ des genannten Abschnittes zu beachten sind. Dem steht auch § 214 nicht entgegen, der von der Zustellung des Eröffnungsbeschlusses handelt. Er bestimmt eben nur, daß der Eröffnungsbeschluß, falls ein solcher erlassen ist, zuzustellen sei; dagegen kann ihm nicht entnommen werden, daß immer ein solcher vorhanden sein müsse, wenn die Vorschriften des Abschnittes 5 anwendbar sein sollen. Auch der Umstand kann nicht ins Gewicht fallen, daß §§ 214—219, 221 und 223 die Bezeichnung „Angeklagter" gebrauchen, welche gemäß § 155 nur für den Beschuldigten im Gesetz gebraucht wird, gegen welchen die Eröffnung des Hauptverfahrens beschlossen ist. Denn die StPO. gebraucht selbst in §§ 451 II, 457 II diesen Ausdruck, obwohl in diesen Fällen eine Eröffnung des Hauptverfahrens nicht stattgefunden hat.

Der Abschnitt 5 ist sonach auch für Strafsachen maßgebend, in denen kein Beschluß über Eröffnung des Hauptverfahrens vorliegt; denn die Motive sind kein bindendes Auslegungsmittel, das dem Sinne des Gesetzes, wie es vorliegt, Abbruch tun kann.

Zwei weitere Durchbrechungen des Grundsatzes in § 65 I enthält dessen Absatz II und III. Die des Absatzes II scheidet hier aus, da eine Voruntersuchung in Strafbefehlsachen (§ 447 I) nicht stattfindet (§ 176).

In Frage könnte nur Absatz III kommen, welcher von der Zeugenbeeidigung im „vorbereitenden Verfahren" spricht. Grundlegend für die Beantwortung der Frage, ob das Verfahren von Erhebung des Einspruches bis zum Hauptverhandlungstermin als „vorbereitendes Verfahren" anzusehen ist, ist der Sinn dieses Ausdruckes in der erwähnten Gesetzesstelle.

M. E. faßt diesen Ausdruck Loewe, l. c. S. 479, Anmerkung 2 zum 2.—6. Abschnitt, zu eng. Nach ihm ist „Vorbereitungs"- oder vorbereitendes Verfahren nur dasjenige, welches die „Vorbereitung der öffentlichen Klage" zur Aufgabe hat. Die Strafprozeßordnung spricht sich über den Begriff: „vorbereitendes Verfahren" nicht aus. Es ist jedoch nicht einzusehen, warum darunter nicht auch das im 5. Abschnitt des 2. Buches behandelte, die Vorbereitung der Hauptverhandlung betr. Verfahren verstanden werden sollte. Wenn § 65 I den § 222 zitiert, der diesem Abschnitt angehört, und trotzdem im Absatz III vom vorbereitenden Verfahren spricht, so kann daraus nicht entnommen werden, daß die „Vorbereitung der Hauptverhandlung" kein vorbereitendes Verfahren sei. Was sollte sie nach Sinn und Worten des Gesetzes anderes sein? Unterscheidet doch das Gesetz nach Loewes eigener m. E. zutreffenden Ansicht nur zwischen: Vorbereitungsverfahren — allerdings in weiterem, als dem Loeweschen Sinne —, der Voruntersuchung und der Hauptverhandlung! Zu den letzteren Teilen des Verfahrens kann die Vorbereitung der Hauptverhandlung zweifellos nicht zählen; es bleibt daher nur die Möglichkeit, sie als vorbereitendes Verfahren anzusehen, was auch ohne Zwang geschehen kann.

Dürfte aber durch diese Ausführungen nachgewiesen sein, daß der Abschnitt 5 des 2. Buches „vorbereitendes Verfahren" im Sinne des § 65 III behandelt, so dürfte auch nach dem bereits früher Erörterten das Verfahren zwischen der Erhebung des Einspruches und der Hauptverhandlung vor dem Schöffengerichte als vorbereitendes Verfahren anzusehen sein. Denn auch dieses Verfahren hat seinem Charakter nach nichts anderes zur Aufgabe, als die Hauptverhandlung vorzubereiten. Seiner im Gesetz (§ 451 I) ausdrücklich hervorgehobenen Eigenart entsprechend dient es daneben noch dem Zwecke, die Entschließung des Amtsanwalts über die Einstellung des Verfahrens zur Reife zu bringen. Diese Sonderbestimmung ver-

mag ihm aber, mangels entgegenstehender gesetzlicher Bestimmungen, die Natur eines „vorbereitenden Verfahrens“ nicht zu nehmen. Im Gegenteil: Gerade dieser Zweck bedingt die Annahme eines solchen, weil er die informatorische — „vorbereitende“ Bestimmung des in Frage stehenden Verfahrensabschnittes klarstellt.

Dies muß dann auch die Anwendbarkeit des § 65 III nach Erhebung des Einspruchs vor Stattfinden der schöffengerichtlichen Hauptverhandlung als zulässig erscheinen lassen. Praktisch wäre die Annahme dieser Anschauung nur zu begrüßen. Denn wer je als Amtsanwalt gearbeitet hat, wird zu der Erkenntnis gelangt sein, daß vielfach Fälle vorkommen, welche angesichts der Anzeige als „glatt“ erschienen, bei Anstellung näherer Ermittelungen aber recht verwickelte Fragen erkennen ließen, die nur im Wege eidlicher Zeugenvernehmungen aufgeklärt werden konnten. Eine Hauptrolle spielen hier Feldpolizeiübertretungen und solche Sachen, in die zivilrechtliche Streitpunkte hereinspielen, ohne daß die Möglichkeit gegeben ist, die Streitteile ohne weiteres auf den Zivilrechtsweg zu verweisen.

---

## Das Recht am Leichnam.[1]

Von Rechtsanwalt **Dr. Eugen Josef** in Freiburg i. Br.

In einer norddeutschen Universitätsstadt ist vor längerer Zeit folgender Fall vorgekommen: Ein Arzt behandelte eine sterbenskranke Arbeitersfrau, deren äußere und innere Leiden in ihm den Wunsch erweckten, die Leiche dereinst photographieren zu lassen und sie zu sezieren. Der Ehemann der Kranken war gegen Empfang einer Geldsumme hiermit einverstanden, stellte dem Arzt hierüber auch ein Schriftstück aus; unmittelbar nach dem Ableben der Kranken kamen aber deren Kinder hinzu, und während die Söhne mit jenem Abkommen ihres Vaters durchaus einverstanden waren, widersetzten sich die Töchter einer solchen Behandlung auf das Aeußerste. Sie schlossen das Zimmer, in dem die Leiche sich befand, ab, so daß die vom Arzt gesandten Heildiener, die die Leiche nach der Anatomie bringen sollten, unverrichteter Sache abziehen mußten. — Gesetzt, der Arzt hätte nun gemäß §§ 935, 938 CPO. bei Gericht eine einstweilige Verfügung beantragt, durch die den widersprechenden Kindern die Abgabe der Leiche an den Arzt geboten werden sollte, so fragt sich, welche rechtlichen Gesichtspunkte bei der Entscheidung über den Antrag maßgebend gewesen wären.

Das BGB. hat keine Vorschriften über Sachen, die dem Verkehr entzogen sind; eine absolute Verkehrsunfähigkeit, infolge deren obligatorische wie dingliche Rechtsgeschäfte betreffs gewisser Sachen schlechthin nichtig wären, setzt das heutige Recht nicht fest. Selbstverständlich ist ein Vertrag, durch den ich jemandem das fließende Wasser des Neckar verkaufe, ebenso nichtig, wie ein Vertrag, durch den ich einem Arzt das Recht einräume, von meinem Körper ein Stück Haut abzutrennen. Wie der erstgedachte Vertrag über die aqua profluens auf eine physisch unmögliche Leistung gerichtet ist, ist der letzgedachte auf eine juristisch unmögliche, weil den guten Sitten widersprechende Leistung gerichtet; §§ 306, 138 BGB. Aber nur soweit, als die Anwendung der Vorschriften über die physische und juristische Unmöglichkeit reicht, ist eine Verkehrsunfähigkeit und hiermit die Nichtigkeit rechtsgeschäftlicher Erklärungen über gewisse Sachen geboten. Daraus folgt, daß auch Verträge, durch die ich jemandem Rechte an meinem Körper einräume, nicht schlechthin nichtig sind. Ein Vertrag, z. B. durch den ein Mädchen sich verpflichtet, einem Künstler „Modell zu stehen“, also ihm ihren Körper beim Malen zur Verfügung zu stellen, so daß ihm das Recht zusteht, diesen Körper zu bestimmten Stunden zu beschauen und auch zu betasten, ist grundsätzlich (also wenn man von gewissen besonders gearteten Ausnahmefällen absieht) durchaus gültig und der Anspruch auf die Vertragsstrafe begründet, wenn die Schuldnerin den durch einen solchen Vertrag übernommenen Verpflichtungen nicht nachkommt.[1] Und so sicher ein Vertrag als den guten Sitten widersprechend nichtig wäre, durch den ich jemandem gegen eine Geldentschädigung das Recht einräume, meinen Körper nach meinem Tode in Besitz zu nehmen, um ihn den Hunden vorzuwerfen, ebenso wenig widerspricht doch andrerseits den guten Sitten ein Vertrag, durch den ich einem Arzt oder einer Anstalt das Recht einräume, meinen Körper nach meinem Tode in Besitz zu nehmen und ihn zu sezieren. Vereiteln meine Hinterbliebenen dies dem Arzt von mir eingeräumte Recht dadurch, daß sie mich schleunigst beerdigen, so kann der Arzt den mir auf Grund jenes Vertrages gezahlten Betrag von meinen Erben zurückfordern, während dem Arzt ein solcher Anspruch nicht zustände, wenn jener Vertrag gegen die guten Sitten verstoßen würde, § 817 Satz 2 BGB. Auch im eingangs gedachten Fall war daher der Arbeiter, da seine Kinder durch Beerdigung der Leiche die Sektion unmöglich machten, zur Rückzahlung der Geldsumme an den Arzt verpflichtet.

Es handelt sich nun aber um die Frage, ob das Gericht verpflichtet gewesen wäre, auf Antrag des Arztes durch Erlaß einer einstweiligen Ver-

---

[1] Die bisherigen Erörterungen dieses Rechtsstoffs (s. die ausführliche Nachweisung bei Windscheid-Kipp, Pandekten I § 147) sind zumeist rein lehrhaft gehalten, wogegen im folgenden lediglich die praktische Seite der Frage hervorgekehrt wird. — Vgl. jetzt auch Kausnitz im Recht 1903 S. 593—595.

[1] Anm. des Herausgebers. Dies dürfte doch nicht so ganz unzweifelhaft sein. Es wäre bedenklich, eine Rechtspflicht zur Vornahme einer Handlung anzuerkennen, die in der Regel ohne eine Verleugnung des weiblichen Schamgefühls nicht betätigt werden kann.

fügung ihm die Sektion zu ermöglichen; hier ist von folgenden Erwägungen auszugehen:

Der § 1922 BGB. lautet:

„Mit dem Tode einer Person (Erbfall) geht deren Vermögen (Erbschaft) als Ganzes auf eine oder mehrere andere Personen (Erben) über."

Wenn es nun, wie oben dargelegt, auch nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist, daß der menschliche Körper Gegenstand rechtsgeschäftlicher Verfügungen ist, so kann man, ohne der Sprache Gewalt anzutun, doch unmöglich (wie z. B. Staudinger Anm. IV d zu § 1922 will) sagen: Der menschliche Körper gehöre zum „Vermögen" und es sei mit dem „Vermögen" des Erblassers auch dessen Leiche auf die Erben in der Weise übergegangen, daß sie nun ein dem Privatrechtsgebiet angehörendes Recht auf die Leiche haben, also etwa Miteigentum. So wenig der Erblasser selbst „Eigentum" am Körper hatte, ist dies sein Eigentum auf seine Erben übergegangen. Insoweit dem Erblasser nach der Rechtsordnung ein gewisses Verfügungsrecht über seinen Körper zustand, gehört dieses doch nicht zu seinem „Vermögen"; es ist vielmehr als „allgemeines Recht der Persönlichkeit" (vgl. RG. 41 S. 49) mit seinem Tode untergegangen. Dem Erben als solchem steht also überhaupt keinerlei Recht am Leichnam des Erblassers zu.

Wohl aber steht nach Sitte und Herkommen seit allen Zeiten den „Hinterbliebenen" die Befugnis zu, über den Leichnam gewisse Verfügungen zu treffen, deren Umfang sich nach den jeweiligen sittlichen Anschauungen regelt. Die wichtigste dieser Befugnisse (die zugleich mit einer öffentlich-rechtlichen Pflicht verbunden ist), ist die, den Leichnam zu beerdigen,[1]) was nach der heute herrschenden sittlichen Anschauung auch durch Feuerbestattung in einem öffentlichen Krematorium geschehen kann. Weitere den Hinterbliebenen zustehende Befugnisse sind z. B., die Leiche photographieren (vgl. übrigens RG. Bd. 45 S. 173) und sezieren zu lassen, also einen Werkvertrag zu schließen, durch den die Hinterbliebenen einem Dritten die photographische Aufnahme oder die wissenschaftliche Zerlegung der Leiche übertragen; sie können aber auch dem Dritten in dessen eignem Interesse gegen einen von ihm zu zahlenden Entgelt den selbständigen Gebrauch der Leiche zum Zwecke der Sektion einräumen, wie dies in dem eingangs gedachten Fall geschehen. Die Befugnis zu Verfügungen solcher Art über die Leiche steht den Hinterbliebenen nach Sitte und Herkommen zu, beruht also nicht auf gesetzlichen Vorschriften und gehört dem Privatrechtsgebiet ebensowenig an, wie etwa das Recht der Eltern von den Kindern Gehorsam (§ 1498 Entw. I) oder das Recht der Eheleute, voneinander in allen Lebensverhältnissen Beistand und Treue (Preuß. ALR. II 1 § 174 ff) zu verlangen. Gehören jene Befugnisse der Hinterbliebenen aber nicht dem Privatrechtsgebiet an, so folgt hieraus, daß auch keiner der Hinterbliebenen die Rechtsbehelfe des Privatrechts zum Schutz jener Befugnisse ansprechen kann. Können sich z. B. die Hinterbliebenen miteinander nicht darüber einigen, ob die Leiche am Sterbeort der Erde übergeben, oder ob sie in ein auswärtiges Krematorium gebracht werden soll, so können die Widersprechenden nicht etwa eine einstweilige Verfügung des Gerichts dahin beanspruchen, daß den Gegnern eine Handlung (die Beerdigung der Leiche, die Uebergabe an die Bahn zur Beförderung an das Krematorium) geboten oder verboten werden soll. Das zivilprozessualische Verfahren dient eben nur zum Schutz von Rechten, die in der Privatrechtsordnung als Rechte anerkannt sind,[1]) nicht zum Schutz von Befugnissen und Berechtigungen, die jemandem lediglich nach Sitte und Herkommen zustehen. Insoweit die öffentliche Ruhe, Sicherheit und Ordnung oder die Abwendung der der Allgemeinheit oder einzelnen bevorstehenden Gefahr dies bedingt (Preuß. ALR. II 17 § 10), hat hier die Polizei einzuschreiten; diese wird, z. B. wenn die Hinterbliebenen sich über die Ausführung der ihnen nach öffentlichem Recht obliegenden Verpflichtung zur Beerdigung nicht einigen können, zwangsweise die Beerdigung anordnen und, wenn diese Anordnung unbefolgt bleibt, sie auf Kosten der Hinterbliebenen vornehmen. Um so mehr wird die Polizei einschreiten, wenn ein Eingriff in das den Hinterbliebenen bis zur Beerdigung zustehende Recht auf den Gewahrsam der Leiche erfolgt, also zugleich ein Strafgesetz verletzt wird (§§ 168, 367 Ziff. 1 StGB). Dagegen können die Hinterbliebenen zur Wahrung und Sicherung der ihnen nach Sitte und Herkommen zustehenden Befugnis zur Verwahrung und Verfügung über die Leiche nicht beanspruchen, daß das Gericht durch Erlaß

---

[1]) Sind die Hinterbliebenen nicht identisch mit dem „Erben", so hat dieser jenen die Beerdigungskosten zu erstatten. § 1968; die gleiche Pflicht kann auch durch Unterhaltspflicht, uneheliche Erzeugung und schuldhafte Tötung begründet sein, §§ 1615, 1713, 844. Die Beerdigung selbst ist also Sache der „Hinterbliebenen" und wohl zu trennen von der Verpflichtung, die Beerdigungskosten zu tragen. Vgl. Motive Bd. 4 S. 699. Das Preuß. ALR. II 11 §§ 455, 456 bestimmt in seiner redseligen Weise: daß, wenn jemand außerhalb seiner Parochie stirbt, die „Hinterbliebenen" die Wahl haben, ob sie ihn am Sterbeort oder in der Parochie begraben lassen wollen und daß jeder „sein und der Seinigen" Begräbnis auch außerhalb der Parochie wählen könne.

[1]) Ebenso in der freiwilligen Gerichtsbarkeit: Nach § 20 FGG. steht die Beschwerde dem zu, dessen „Recht" durch die Verfügung beeinträchtigt ist. Diese Voraussetzung trifft nicht zu, wenn das Vormundschaftsgericht die Genehmigung zu einer Handlung des Vormundes verweigert, durch die eine dem Mündel rein moralisch obliegende Verbindlichkeit erfüllt werden soll, z. B. die dem (entmündigten) Mündel obliegende sittliche Verpflichtung, seinem Kinde über die gesetzliche Verpflichtung hinaus Ausstattung zu gewähren, weil das Kind in Not ist; das Kind hat hier kein Beschwerderecht. KG. Rechtspr. d. OLG. Bd. 7 S. 203.

einer einstweiligen Verfügung einschreite.[1]) Denn ein Streit über den Umfang der den Hinterbliebenen an der Leiche zustehenden Befugnisse ist eben keine bürgerliche Rechtsstreitigkeit im Sinne des § 13 GVG.[2])

*Ist aber die den Hinterbliebenen an der Leiche zustehende Verfügungsbefugnis nicht durch die Privatrechtsordnung geschützt, so steht dieser Schutz auch nicht demjenigen zu, dem der Verstorbene selbst oder die Hinterbliebenen diese ihre Befugnis übertragen haben.* Wenn also in den oben angeführten Beispielen der Verstorbene selbst oder seine Hinterbliebenen oder einzelne von ihnen dem Arzt oder einer Anstalt an der Leiche jenes Gebrauchsrecht einräumen, durch das der Arzt zur Sektion der Leiche ermächtigt wird, und sodann die Erfüllung, also die Uebergabe der Leiche verweigern, so steht dem Arzt kein „Rechtsschutzanspruch" dahin zu, daß das Gericht eine einstweilige Verfügung erlasse, durch die den Hinterbliebenen die Uebergabe der Leiche an den Arzt aufgegeben wird. So wenig die Hinterbliebenen selbst einen solchen Rechtsanspruch zur Wahrung ihrer eigenen Verfügungsbefugnis hatten, ebensowenig steht er demjenigen zu, auf den jene Verfügungsbefugnis durch Erklärung des Verstorbenen oder der Hinterbliebenen übergegangen ist. Uebergebe ich also einem Arzt oder dem Leiter einer Anstalt (etwa einer Anatomie oder eines Krankenhauses) mein eigenhändiges Testament des Inhalts, daß er sofort bei meinem Ableben meinen Leichnam in Besitz zu nehmen und zu sezieren befugt sein soll, so enthält jene Anordnung auch nicht etwa ein „Vermächtnis" (§ 1939). Denn nach den vorstehenden Ausführungen wird durch jene Anordnung kein Recht, kein klagbarer Anspruch begründet, die Leiche zu fordern (§ 2174); auch richtet sich jene Anordnung nicht an meine Erben, als solche, wie dies § 2147 für das Vermächtnis und wie dies § 1940 für die Auflage erfordert, sondern wie oben dargelegt, an meine „*Hinterbliebenen*", denen allein die Verfügung über die Leiche zusteht und die begrifflich durchaus nicht mit den Erben identisch sind.[3])

[1]) Von einer *Klage* und darauf ergehendem *Urteil* ist hier der Natur der Sache nach nicht die Rede.

[2]) Dagegen ist eine solche der Streit darüber, ob die Hinterbliebenen die Beerdigung auf dem Gemeindefriedhof beanspruchen können; RG. 12 S. 280. Vgl. aber auch Urt. des Preuß. Kompetenzkonfliktsgerichtshofs in D.Jur.Z. 1903 S. 480.

[3]) Der § 1939 lautet: „Der Erblasser kann durch Testament einem andern, ohne ihn als Erben einzusetzen, einen *Vermögensvorteil* zuwenden (Vermächtnis)." Der Ausdruck „Vermögensvorteil" wurde nur gewählt, um auch das sog. Liberationslegat zu treffen; die Prot. V S. 6 bemerken sogar: Die von der Kommission beschlossene, dem jetzigen § 1939 entsprechende Fassung solle nicht bindend sein; vielmehr solle die Redaktionskommission noch einmal erwägen, ob sich nicht noch eine andere positive Definition des Legats finden lasse. Besonderes Gewicht ist also auf den Ausdruck „Vermögensvorteil" nicht zu legen und zu Unrecht nimmt Planck Anm. 2 zu § 1939 an: da der Gegenstand der Zuwendung als „Vermögensvorteil" bezeichnet werde, so sei hiermit die z. B. von Windscheid vertretene Auffassung abgeschnitten, daß das Vermächtnis auch einen anderen als einen vermögensrechtlichen Inhalt haben könne. Man wird vielmehr nach der mitgeteilten Entstehung des § 1939 mit Strohal (Erbrecht, 2. Aufl. S. 20 Anm. 1) annehmen, daß durch die den Vermögensvorteil, den das Vermächtnis dem Bedachten regelmäßig gewährt, hervorhebende Bestimmung die Zulässigkeit von Vermächtnissen nicht schlechthin ausgeschlossen wird, bei denen ein dem Bedachten zukommender Vermögensvorteil praktisch gar nicht in Betracht kommt, so z. B. beim Vermächtnis von Familienbriefen. Und dasselbe würde an sich gelten, wenn jemandem ein Gebrauchsrecht an der Leiche zwecks Sektion letztwillig zugewandt wird.

Jene nach Sitte und Herkommen bestehende Befugnis der Hinterbliebenen fällt aber mehrfach fort, indem die bestehenden Verwaltungsvorschriften einmal den Hinterbliebenen die Verfügung über die Leiche ganz entziehen, wenn die Todesursache — ansteckende Krankheit — dies im Interesse der öffentlichen Sicherheit gebietet. Insoweit ferner der Tod in öffentlichen Krankenhäusern, Armenanstalten, Gefängnissen oder durch Hinrichtung erfolgt ist, und die Hinterbliebenen ihr Verfügungsrecht über die Leiche nicht ausüben wollen oder können, geht nach den bestehenden Verwaltungsvorschriften das Verfügungsrecht auf die Behörde über, die sie vielfach der Anatomie überläßt. Da aber der Strafvollstreckungs- und Polizeibehörde, der Krankenhaus- und Gefängnisverwaltung an jenen Leichnamen kein dem privaten Rechtsgebiet angehörendes Recht zusteht, so wird ein solches auch nicht auf die Anatomie[1]) übertragen. Diese hat vielmehr nur die öffentlichrechtliche Befugnis und Verpflichtung, die Leiche zu sezieren und sie sodann zu bestatten. Insofern ein Beamter der Anatomie nach der Sektion das Knochengerüst durch besondere Behandlung in einen zur dauernden Aufbewahrung geeigneten Zustand versetzt, erwirbt er am „Skelett" als an einer neuen Sache nach § 950 BGB. Eigentum durch *Verarbeitung*. — Da das öffentliche Recht die Beerdigung der Leiche gebietet, ist die *Aneignung* der Leiche verboten, § 958 Abs. 2, wogegen der Aneignung der auf einer früheren Begräbnisstätte gefundenen Leichenteile (Knochen) nichts entgegensteht.

Das Ergebnis dieser Untersuchung ist darnach:

1. Obligatorische wie dingliche Rechtsgeschäfte über den Körper eines Lebenden oder einen Leichnam sind nur insoweit nichtig, als sie den guten Sitten widersprechen. Diese letztere Voraussetzung trifft nicht zu, wenn jemand unter Lebenden oder von Todes wegen bestimmt, daß sein Körper seziert werden soll.
2. Der Körper gehört aber nicht zum Vermögen, folglich erwirbt der Erbe als solcher

[1]) d. h. wohl der Universität als juristischer Person, deren unselbständige Abteilung die Anatomie ist.

am Körper des Erblassers keine Rechte. Wohl aber steht den „Hinterbliebenen" nach Sitte und Herkommen der Gewahrsam und die Befugnis zu gewissen Verfügungen über den Leichnam zu, insbesondere das (mit einer öffentlich-rechtlichen Pflicht verbundene) Recht, ihn zu beerdigen, auch ihn photographieren und sezieren zu lassen. Da diese Befugnis aber nicht auf Gesetz, sondern auf Sitte und Herkommen beruht, steht den Hinterbliebenen, wenn sie sich über die Ausübung dieses Rechts nicht einigen können, oder wenn andere in dies ihr Verfügungsrecht eingreifen, nicht der Rechtsschutzanspruch zu. Folglich kann auch ein Dritter (Arzt oder Anstalt), dem der Verstorbene oder dessen Hinterbliebene jene Verfügung über die Leiche eingeräumt haben, insbesondere deren Sektion verstattet haben, zum Schutz dieses seines Anspruchs nicht gerichtliche Hilfe (durch Erlaß einstweiliger Verfügung) verlangen. Ein Einschreiten liegt vielmehr in allen Fällen nur der Polizei ob, soweit dies durch ein öffentliches Interesse geboten ist.

3. Die Anatomie erwirbt an den ihr von Behörden übergebenen Leichen gleichfalls kein Privatrecht; dagegen entsteht Eigentum durch Verarbeitung an den vom Beamten der Anatomie nach erfolgter Sektion hergestellten Skeletten.

4. Da das öffentliche Recht die Beerdigung der Leiche gebietet, ist die Aneignung der Leiche verboten, wogegen die Aneignung der bereits bestatteten und später aufgefundenen einzelnen Leichenteile (Knochen) zulässig ist.

---

## Mitteilungen aus der Praxis.

**Ueber den Umfang der Befugnisse des Vorstandes der Berufsgenossenschaften bei Geltendmachung von Ersatzansprüchen.** Die Betriebsunternehmer, Bevollmächtigten oder Repräsentanten, Betriebs- oder Arbeiteraufseher, welche einen Unfall vorsätzlich oder durch Fahrlässigkeit mit Außerachtlassung derjenigen Aufmerksamkeit herbeigeführt haben, zu der sie vermöge ihres Amtes, Berufes oder Gewerbes besonders verpflichtet sind, haften der Berufsgenossenschaft für die Aufwendungen, welche sie infolge des Unfalles auf Grund der Unfallversicherungsgesetze gemacht hat. Während diese Gesetze in ihrer früheren Fassung das Erfordernis der strafgerichtlichen Feststellung des Verschuldens der Betriebsunternehmer u. s. f. für die Geltendmachung aller Ersatzansprüche gegen sie schlechthin aufgestellt hatten, wurde durch die neue Fassung der Gesetze vom 30. Juni 1900 die Haftung der Betriebsunternehmer ꝛc. gegenüber der Berufsgenossenschaft dadurch erweitert, daß ihr Ersatzanspruch von der strafgerichtlichen Feststellung des Verschuldens überhaupt nicht mehr abhängig gemacht wurde; andererseits aber wurde diese Haftung wieder beschränkt, einmal dadurch, daß den Organen der Genossenschaft die Befugnis beigelegt wurde, im Falle der fahrlässigen Herbeiführung des Unfalles von der Verfolgung des Ersatzanspruches überhaupt abzusehen, sodann dadurch, daß dem Betriebsunternehmer ꝛc. das Recht gewährt wurde, gegen die Erhebung des Ersatzanspruches seitens des Genossenschaftsvorstandes in solchem Falle die Entscheidung der Genossenschaftsversammlung anzurufen (Abs. 1 Sätze 2 und 3 in § 136 Gew.Unf.Vers.G., § 147 Landw.Unf.Vers.G., § 46 Bau-Unf.Vers.G.). Auf Grund gesetzlicher Ermächtigung pflegen die Genossenschaftsversammlungen regelmäßig durch Statut ihre Befugnis zur Abstandnahme von der Verfolgung des Ersatzanspruches auf den Vorstand zu übertragen (Abs. 1 Satz 4 a. a. O.). Allein hierdurch wird das Recht des ersatzpflichtigen Unternehmers (und der ihm gleichgestellten Personen) nicht verkürzt, im Falle der Unterlassung oder der Ablehnung der Abstandnahme seitens des Vorstandes die Entscheidung der Genossenschaftsversammlung anzurufen; denn durch die Uebertragung des Verzichtsrechtes von der Versammlung auf den Vorstand wurde letzterer keineswegs mit allen Rechten der Versammlung ausgestattet. Will der Vorstand von Anfang an von der Verfolgung des Ersatzanspruches Abstand nehmen, so steht ihm dieses Recht nach Statut frei. Will er aber den Pflichtigen in Anspruch nehmen, so muß das für diesen Fall gesetzlich vorgeschriebene Verfahren in vollem Umfange Platz greifen (§§ 137, 148, 47 der oben genannten Unf.Vers.G.). Wenn also der Pflichtige gegen den ihm mitgeteilten schriftlichen Beschluß des Vorstandes auf Geltendmachung der Ersatzansprüche innerhalb eines Monats die Beschlußfassung der Versammlung anruft, so hat der Vorstand diese Beschlußfassung herbeizuführen. Das Recht des Ersatzpflichtigen auf diese Anrufung ist unabhängig von der Zuständigkeit der Versammlung oder des Vorstandes für die Abstandnahme. Hieran wird auch dadurch nichts geändert, daß in den das Verfahren regelnden gesetzlichen Bestimmungen der Abs. 1 Satz 3 der §§ 136, 147, 46 angeführt ist; denn dort ist nur vom Verzichtsrechte die Rede und hieraus kann der Vorstand kein Verfolgungsrecht ableiten, geschweige ein unbedingtes. Es sollte vielmehr durch diese Bezugnahme nur ausgedrückt werden, daß das Verfahren nach §§ 137, 148, 47 Unf.Vers.G. nur bei Ersatzansprüchen wegen Fahrlässigkeit, nicht auch bei solchen wegen Vorsatzes, und zwar bei ersteren jedesmal Platz zu greifen hat, wenn nicht schon der Vorstand sein Verzichtsrecht ausgeübt hat. Es ist also die Anrufung der Versammlung auch zulässig und dann deren Beschlußfassung zu erwirken, wenn dem Vorstande durch Statut das Verzichtsrecht übertragen ist und dieser die Ausübung abgelehnt hat (Dr. Piloty, Unf.-Vers.G., S. 303 Anm. zu § 137 Gew.Unf.Vers.G. u. a.). Vor der Beschlußfassung der rechtzeitig angerufenen Versammlung ist aber zufolge ausdrücklicher Gesetzesvorschrift die gerichtliche Klage der Genossenschaft gegen den wegen Fahrlässigkeit in Anspruch genommenen Ersatzpflichtigen unzulässig und jedenfalls auf Antrag als verfrüht abzuweisen. Dieser Fall ähnelt den bekannten Fällen, daß entgegen der Vorschrift in Art. 2 AG. zu CPO. Ansprüche gegen den bayer. Fiskus ohne vorherige Anrufung der höheren Verwaltungsstelle gerichtlich verfolgt werden wollten (Entsch. d. Obersten Landesg. n. F. Bd. 2 S. 349). Hierbei kann es dahingestellt bleiben, ob es sich um eine — unverzichtbare — Einrede der — derzeitigen — Unzulässigkeit des Rechtsweges nach § 274 Abs. 2 Ziff. 2 CPO. oder um den Mangel einer materiellrecht-

lichen Voraussetzung (Unklagbarkeit des Anspruches zur Zeit) oder um die Nichtbeachtung einer besonderen Vorschrift hinsichtlich des Verfahrens handelt.

Landgerichtsrat Bauer in Neuburg a./D.

**Zur Auslegung des § 773 Nr. 3 BGB.** Das neue Recht erkennt den Grundsatz der Subsidiarität der Bürgschaftsverbindlichkeit an, indem es dem Bürgen die Einrede der Vorausklage regelmäßig gewährt. Nur ausnahmsweise, z. B. inhalts des § 349 HGB. und in den Fällen des § 773 cit., ist die Einrede ausgeschlossen; insbesondere steht sie ihm nicht zu, wenn über das Vermögen des Hauptschuldners der Konkurs eröffnet ist. Diese Tatsache für sich allein gibt also dem Gläubiger das gegen jene Einrede geschützte Recht, mit gänzlicher Uebergehung des Hauptschuldners sofort von dem Bürgen die Erfüllung zu verlangen. Wie gestaltet sich nun die Rechtslage bei demnächstiger Aufhebung des Konkurses? Dernburg[1]) lehrt, die Einrede der Vorausklage greife nicht Platz, wenn sich der Hauptschuldner im Konkurse befindet. Hätte die gesetzliche Vorschrift diese Fassung erhalten, dann müßte die subsidiäre Haftung des Bürgen wieder eintreten, sobald das Konkursverfahren sein Ende erreicht. Der Gläubiger könnte ja die Einrede der Vorausklage nur durch die Replik beseitigen, daß der Hauptschuldner sich im Konkurse befindet, was nach dessen Beendigung nicht mehr der Fall ist. Allein der Ausschluß der Einrede ist nicht auf den Konkurszustand des Hauptschuldners abgestellt, sondern für den Fall verordnet, daß die Tatsache der Konkurseröffnung eingetreten ist. Daraus würde man folgern müssen, daß auch die spätere Aufhebung des Konkurses den einmal bewirkten Ausschluß nicht rückgängig zu machen vermöge. Nehmen wir einmal an, daß A. sich für dem B. von C. bewilligte Vergleichsraten verbürgt, B. in Konkurs gerät und nach Einstellung dieses Konkurses A. sofort von C. auf Zahlung belangt wird. Obwohl sich der Hauptschuldner B. nicht mehr im Konkurse befindet, wird C. doch zur sofortigen Inanspruchnahme des Bürgen befugt sein. Und in der Tat hat das preuß. Obertribunal in ähnlichen Fällen[2]) sich in diesem Sinne mit der Begründung entschieden, daß die durch die Konkurseröffnung einmal erworbene Befugnis des Gläubigers dadurch, daß der Konkurs später wieder aufgehoben wird, nicht alteriert und ihm nicht wieder entzogen werden kann. Ob nun die Beendigung des Konkursverfahrens infolge Einstellung (§ 205 KO.) oder Schlußverteilung (§ 163) oder Zwangsvergleichs (§ 190 das.) eintritt, macht keinen Unterschied. Hier ist überall die Einrede der Vorausklage dauernd beseitigt, da die einmal geschehene Konkurseröffnung als Tatsache bestehen bleibt und infolge Beendigung des Konkurses keineswegs als ungeschehen erachtet wird. Eine ganz andere Bedeutung aber kommt meines Erachtens der Aufhebung des Konkursverfahrens infolge Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses (§ 116 KO.) zu; letztere macht die kraft Gesetzes mit der Konkurseröffnung eingetretenen Rechtsfolgen wieder rückgängig[3]), soweit nicht aus den gesetzlichen Vorschriften z. B. aus der entsprechenden Anwendbarkeit des § 191 KO. sich etwas anderes ergibt. In solchem Falle würde deshalb der Bürge die Einrede der Vorausklage mit Erfolg vorschützen können, es müßte denn einer der sonstigen Ausschließungsgründe, insbesondere etwa Nr. 4 § 773 vorliegen.

[1]) Bürgerliches Recht S. 353.

[2]) Strieth. Archiv Bd. 50 S. 213 u. Bd. 84 S. 160.

[3]) Ebenso Jaeger, KO. S. 489.

Justizrat Bendix in Breslau.

**Eine Frage aus dem bayerischen Subhastationsrechte.** Der gemäß Art. 46 Subh.O. bestellte Verwalter eines beschlagnahmten landwirtschaftlichen Gutes hatte um 15000 Mk. Vieh mit Genehmigung des Vollstreckungsgerichts unter Eigentumsvorbehalt des Verkäufers bis zur Tilgung des in Raten zu zahlenden Preises gekauft und übergeben erhalten. Nach der Versteigerung meldete der Verkäufer des Viehs die noch bestehende Schuld mit 9000 Mk. als Masseschuld an. Da es keinem Zweifel unterliegt, daß diese Forderung zu den Massekosten im Sinne des Art. 107 Subh.O. zählt und daher aus dem Strichschilling zu tilgen ist, entsteht die Frage, wem nach Wegfall des Eigentumsvorbehalts des Verkäufers durch Tilgung seiner Forderung das Eigentum an dem Vieh zusteht. Da das Vieh zur Zeit des Zuschlags nicht im Eigentum des Subhastaten stand, war es nach § 33 des Hyp.G. in der Fassung vom 20. Dezember 1903 nicht Zubehör des Grundstücks und es konnte deshalb das Eigentum nicht mit dem Zuschlage auf den Ansteigerer übergehen. Der Uebergang des Eigentums auf den Ansteigerer nach Wegfall des Eigentumsvorbehalts des Verkäufers gemäß § 158 BGB. hätte zur Voraussetzung, daß das bedingte Eigentumsrecht an dem Vieh von dem Ansteigerer erworben worden wäre. Dieses bedingte Eigentumsrecht ist aber weder Bestandteil noch Zubehör des Grundstücks gewesen und konnte demnach durch den Zuschlag, der nur Eigentum an den Bestandteilen und Zubehörstücken auf den Ansteigerer überträgt, auf diesen nicht übergehen. Einen anderen Erwerbstitel hat dieser überhaupt nicht. Das bedingte Eigentumsrecht war zur Zeit des Zuschlags ebenso wie andere nicht beglichene Ansprüche, insbesondere Forderungen, welche vor dem Zuschlage der Zwangsverwaltung zustanden, ein Einnahmerückstand aus der Verwaltung. Da trotz Uebergabe, Unterbringung und Verwendung des Viehs auf dem Gute dieses wegen des Eigentumsvorbehalts die Zubehöreigenschaft nicht erlangte, dürfte die Sache ebenso liegen, wie wenn der Verwalter den Vertrag vor dem Zuschlag geschlossen hätte, das Vieh aber überhaupt noch nicht geliefert worden wäre. In solchen Fällen besteht, soviel ich übersehen kann, in der Literatur kein Zweifel darüber, daß der Preis als Verwaltungsverbindlichkeit aus dem Strichschilling vorweg zu zahlen ist und der Lieferungsanspruch als Einnahmerückstand der Verwaltung[1]) nicht auf den Ansteigerer übergeht, sondern Massebestandteil und Gegenstand der Ueberweisung an den Gläubiger gemäß Art. 117, 121 Subh.O. wird. Ebenso muß m. E. im vorliegenden Falle das aufschiebend bedingte Eigentum als Einnahmerückstand der Verwaltung der Masse als Aktivum zufallen. Nach Wegfall des Eigentumsvorbehalts wird es Bestandteil der Masse. Eine Entscheidung der erörterten Rechtsfrage durch das Gericht ist deshalb nicht erfolgt, weil die Angelegenheit durch Vergleich erledigt wurde.

Rechtspraktikant K. Schmidt in München.

[1]) Vgl. Ortenau-Henle, Komm. zur Subh.O. Anm. 3 zu Art. 45—47, S. 119.

**Stundung von Geldstrafen, die durch Strafbescheide festgesetzt wurden und nach Umwandlung in Freiheitsstrafen nachträglich bezahlt werden wollen.**[1] Nach Entschließung des Staatsministeriums der Justiz vom 19. Juli 1901 Nr. 33 023 (die von den Staatsanwälten bei den Landgerichten im ersten Halbjahr 1901 erledigten Fälle des Aufschubs der Strafvollstreckung betr.) sind Gesuche um Erlaß oder Stundung von Geldstrafen, die durch Strafbescheide der Verwaltungsbehörden rechtskräftig festgesetzt wurden, von den letzteren zu würdigen. Voraussetzung ist hierbei, daß der Strafbescheid bereits im Verwaltungsverfahren, nicht erst durch amtsgerichtliche ihn bestätigende Entscheidung rechtskräftig geworden ist. Derartige Gesuche sind daher zur Verbescheidung der vorgesetzten Verwaltungsmittelstelle vorzulegen und zwar gleichviel, ob sie vor oder nach erfolgter Antragstellung auf Umwandlung der ausgesprochenen Geldstrafe in entsprechende Freiheitsstrafe gestellt werden. Als Folge der Zuständigkeit der Verwaltungsstellen zur Verbescheidung derartiger Gesuche ergibt sich, daß die Einhebung und Verrechnung von Geldstrafen der bezeichneten Art, welche zur Abwendung der beantragten Freiheitsstrafe nachträglich bezahlt werden wollen, nicht bei der Gerichtsschreiberei des betreffenden Gerichtes, sondern bei derjenigen Verwaltungsbehörde (Rentamt, Hauptzollamt) zu erfolgen hat, die den Strafbescheid erlassen hat. Im letzteren Falle wird aus Zweckmäßigkeitsgründen die Gerichtsschreiberei die Geldstrafen annehmen und der zuständigen Verwaltungsbehörde übersenden. — Ist die im Strafbescheide festgesetzte Geldstrafe durch gerichtliche Entscheidung bestätigt worden, so gehört die Behandlung allenfallsiger Stundungsgesuche, unbeschadet der zweimonatlichen Einhebungsfrist für die Rentämter und rechnungsführenden Gerichtsschreiber für Strafsachen, sowie auch die aller Strafaufschubsgesuche zur Zuständigkeit der Staatsanwälte.

Amtsgerichtssekretär Wochinger in Nürnberg.

---

**Aus der Praxis des Registergerichts.** Ungemein häufig begegnet dem Registerrichter das Streben nach möglichst großartig klingenden Firmenzusätzen, die lediglich für die Reklame bestimmt sind und sich in marktschreierischer Breitspurigkeit dem Publikum aufdrängen. Je unbedeutender und unsolider das Geschäft, je unbekannter und unreeller der Geschäftsinhaber, desto pompöser die Firma! Meist ist der Registerrichter diesen Firmenreklamen gegenüber machtlos. Sind ja reine Phantasiezusätze gestattet (Kammergericht Berlin, 2. Juli 1900, Sammlung des Reichsjustizamtes Bd. I S. 115), wenn sie nur nicht geeignet sind, eine Täuschung über die Art oder den Umfang des Geschäftes oder die Verhältnisse des Geschäftsinhabers herbeizuführen (§ 18 Abs. 2 Satz 1 HGB.). Werfe ich einen Blick in mein Nachschlagregister zum Handelsregister, so lese ich bei dem Schlagworte „Münchener" seitenlang nur „Münchener Häuser", „Münchener Fabriken", „Münchener Anstalten", „Münchener Gesellschaften". Daß sich dagegen wenig machen läßt, zeigt die Entscheidung des Reichsgerichts vom 25. März 1903, Bd. 54 S. 183. Fast noch beliebter als der Zusatz „Münchener" ist der Zusatz „Bayerisch". Die Ehefrau des konkursgewandten Ansichtskartenhändlers will ihr „Bayerisches Verlagshaus", der entlassene Kommis sein „Bayrisches Habannahaus", die abgefundene Konfektioneuse ihr „Bayerisches Konfektionshaus", der gefängniskundige Unterhändler seine „Bayerische Hypothekenagentur". Aeußert der Richter Bedenken gegen die Zulässigkeit des Firmenzusatzes, dann tönt es ihm im Brusttone der Ueberzeugung entgegen: „Mein Geschäft ist eben ein bayerisches Geschäft." — „Das Geschäft befindet sich doch in Bayern." — „Ich bin ja Bayer." — „Ich reise in ganz Bayern." — „Meine Geschäftsbeziehungen erstrecken sich über ganz Bayern." — Da ist es höchst erfreulich, daß die Kammer für Handelssachen des Landgerichts München I, den Auffassungen und Anschauungen des gediegenen Kaufmannsstandes entsprechend, dem Registerrichter die Hand zur Steuerung dieses Unfugs geboten hat. (Beschw.Reg. 4/1904, Entsch. der I. Kammer f. HS. vom 20. Mai 1904). Nach Erhebungen über Art und Umfang des Geschäftsbetriebes und über die Verhältnisse des Geschäftsinhabers, sowie nach Einholung eines Gutachtens des Vertreters der Handels- und Gewerbekammer für Oberbayern hatte der Registerrichter den Zusatz „Bayerisches Verlagshaus" zur Firma K. E. gemäß § 18 Abs. 2 Satz 1 des HGB. beanstandet. Das Beschwerdegericht trat den Ausführungen des Erstrichters bei mit der Begründung: „Ohne Zweifel ist vorliegendenfalls der Zusatz „Bayerisches Verlagshaus" geeignet, über die Art und den Umfang des Geschäfts sowie die Verhältnisse des Geschäftsinhabers eine Täuschung zu erwecken. Bei dem geringen Umfang und der geringen Bedeutung des fraglichen Geschäftes, das lediglich die Herausgabe eines Fremdenführers, einiger Plakate, einer Weihnachtszeitung umfaßt und lediglich in der Sammlung und Herausgabe von Inseraten zur Gratisverteilung besteht, kann man unmöglich von einem „Bayerischen Verlagshaus" sprechen, unter welchem man nach allgemeiner Geschäftsanschauung ein größeres, mit bedeutend größerem Inventar, Personal und Kapital als in vorliegendem Falle ausgestattetes Geschäft versteht, welches imstande ist, eine hervorragende, wenn nicht führende Stellung unter ähnlichen Geschäften einzunehmen." Richtig und vernünftig angewandt, ist diese Entscheidung eine Waffe gegen die Auswüchse des Firmenschwindels, der immer mehr um sich greift. Begnügt man sich doch mit einem „Bayerischen" Geschäfte nicht mehr; man will ein „Süddeutsches", ein „Deutsches", ein „Internationales"; ja sogar eine „Kontinentale" Kommanditgesellschaft habe ich als Registerrichter kennen gelernt und es hat mich nicht gewundert, daß die „Kontinentale" Kommanditgesellschaft nach einundeinhalbjährigem Bestehen durch Urteil des Prozeßgerichts aufgelöst werden mußte. Aber auch damit noch nicht genug. Der menschliche Erfindungsgeist hat auf dem Gebiete der Firmenreklame das so beliebte, zweideutige Wörtchen „Erstes" geschaffen und erzielt damit eine schwindelnde Höhe des Firmenwohlklanges. Wie klingt aber auch „Erstes Münchener", „Erstes Bayerisches", „Erstes Süddeutsches", „Erstes Deutsches", „Erstes Internationales"! Videant consules!

Amtsrichter Dr. Adelmann in München.

---

[1] Die Mitteilung beruht auf einer Entschließung der Regierungsfinanzkammer von Mittelfranken vom 14. Dezember 1904 Nr. 22796.



**Der „ideale Sinn" der Juristen.** In Band 18 des Archivs für Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik bespricht Medizinalrat Dr P. Näcke in Hubertusburg auf S. 87-90 einige Fragen der juristischen Vorbildung. Im Laufe seiner Ausführungen bedauert er auch den Mangel „idealen Sinns" bei den Juristen. Als Kennzeichen dieses Mangels führt er u. a. „die geringe Zahl der juristischen Zeitschriften und der von Juristen verfaßten wissenschaftlichen Werke" an. Er behauptet ferner, die größte Zahl der juristischen Schriften rühre von Universitätslehrern her.

Ueber die Frage, ob es mit dem „idealen Sinne" der Juristen wirklich so schlecht bestellt ist, wie der Verfasser der fraglichen Abhandlung meint, will ich mich nicht weiter verbreiten. Denn die erwähnte Begründung seiner Meinung verrät eine so vollständige Unkenntnis der tatsächlichen Verhältnisse, daß der Juristenstand die an ihm geübte Kritik nicht gerade besonders schmerzlich empfinden muß. Wer gegen den jetzigen Zustand der juristischen Literatur berechtigte Bedenken vorbringen will, wird nicht über die Dürftigkeit des Gebotenen, sondern weit eher über die unheimliche Fülle des Stoffs zu klagen haben.[1]) Es genügt, darauf hinzuweisen, daß in Deutschland zur Zeit über 100 juristische Blätter erscheinen, wobei die für ganz eng begrenzte Gebiete bestimmten Zeitschriften und die Sammlungen von Erkenntnissen nicht mitgezählt sind. Die Zahl der wissenschaftlichen Arbeiten aber, die tagtäglich in Form von Kommentaren, Handausgaben, Lehr- und Handbüchern sowie von Einzelschriften auf dem Büchermarkte erscheinen, übersteigt alle Grenzen und Begriffe.[2]) Wer gegenwärtig bei einer größeren Arbeit über ein umfassenderes Rechtsgebiet die Literatur nur einigermaßen erschöpfend berücksichtigen will, sieht sich vor eine nahezu unlösbare Aufgabe gestellt. Und hat er sie bewältigt, so muß er damit rechnen, daß sein Werk schon nach einem Jahre wieder überholt ist.

Die Behauptung, daß die schriftstellerische Betätigung überwiegend von den Universitätslehrern geübt werde, möchte vor 20 Jahren einige Berechtigung gehabt haben, als noch das Zivilrecht vorwiegend literarisch ausgebeutet wurde und dieses wiederum vom Pandektenrechte beherrscht war. Tut man jetzt einen Blick in die Verzeichnisse der juristischen Büchereien und in Zeitschriften, so wird man bemerken, daß sie schon längst nicht mehr zutrifft. Man wird alle Klassen und Standesgrade der Praktiker in reichem Maße vertreten finden.[1])

Bei Beurteilung anderer Berufsstände ist immer Vorsicht am Platze. Erwägt man, daß in der Zeit um das Jahr 1900 eine ungeheuere Umwälzung der Gesetzgebung stattgefunden hat, daß sich der Juristenstand in eine kaum übersehbare Zahl neuer Bestimmungen einleben und ihre Umsetzung in die Praxis vorbereiten und durchführen mußte, daß er diese außergewöhnliche Arbeit neben den — nicht immer so ganz einfachen und unbedeutenden — Alltagsgeschäften zu erledigen hatte und sie doch ohne Störung des Rechtsverkehrs rasch und glatt durchgeführt hat, so wird man ihm einige Leistungsfähigkeit in wissenschaftlicher Hinsicht wohl zugestehen müssen. Der Fernerstehende macht sich nur schwer einen Begriff von der Geistesarbeit, die bei der Schaffung und Ausgestaltung neuer Gesetze erforderlich ist, zumal wenn große organisatorische Veränderungen mit ihr verknüpft sind. Mit einer Betrachtung der Dinge „aus hoher Meisterwolk" ist es nicht getan.

II. Staatsanwalt von der Pfordten in München

**Acht Urteile in einem Prozesse.** Im August 1899 erhob die Firma M. gegen den Kaufmann D. Widerspruchsklage bezüglich eines Verteilungsplans mit dem Antrage, ihr den hinterliegenden Versteigerungserlös von 1767 Mk. 91 Pf. an Stelle des Beklagten zuzusprechen, weil dieser sein zeitlich allerdings früheres Pfandrecht dem Klageteil gegenüber erschlichen habe. Er habe nämlich als Agent des Klageteils dem Schuldner G. persönlich Darlehen gegeben, dies und die Verschlechterung der Vermögenslage des Schuldners aber dem Prinzipal so lange verschleiert und abgeleugnet, bis er Urteil und Pfändung im Vorrang erwirkt gehabt. Der Beklagte behauptete, er habe in gutem Glauben gehandelt und lediglich von seinem gesetzlichen Pfändungsrechte Gebrauch gemacht. Im Laufe der Verhandlung kam auch zur Sprache, daß der Beklagte in mehreren

[1]) Eine im Droit d'Auteur Nr. 12 vom 15. XII. 04 erschienene, in dem Börsenblatt für den deutschen Buchhandel Nr. 18 vom 23. I. 05 S. 742 ff. veröffentlichte internationale Statistik der Druckwerke gibt für Deutschland die Zahl der im Jahre 1903 im Buchhandel erschienenen Veröffentlichungen an. Hienach stehen an erster Stelle die Jugendschriften und pädagogischen Werke mit 4384, an zweiter Stelle die schöne Literatur mit 3903. Dann folgen die Theologie mit 2468, die Rechts- und Staatswissenschaften mit 2348, die Medizin mit 1848, die Sprachwissenschaften mit 1693, Naturwissenschaften und Mathematik mit 1430, die Geographie mit 1294, die Geschichte mit 1048 usw.

[2]) Man kann sich von ihrer Menge am besten dadurch eine annähernde Vorstellung verschaffen, daß man die Literaturnachweisungen eines größeren Kommentars zum BGB. oder zur CPO. durchsieht. Man müßte unersättlich sein, wenn man aus ihnen auf unzureichende wissenschaftliche Behandlung schließen wollte. Zur CPO. allein liegen z. B. 16 Kommentare und etwa 20 systematische Darstellungen (Lehr- und Handbücher) vor.

[1]) Werfen wir einen Blick auf das Mitarbeiterverzeichnis der „Deutschen Juristenzeitung" für 1903. Wir finden 29 Universitätsprofessoren, 8 Privatdozenten, 2 Oberlandesgerichtspräsidenten, 5 Senatspräsidenten, 2 Landgerichtspräsidenten, 6 Landgerichtsdirektoren, 6 Reichsgerichtsräte, 23 Oberlandesgerichtsräte, 15 Landgerichtsräte, 4 Oberkriegsgerichtsräte, 5 Staatsanwälte, 55 Amtsrichter, Amtsgerichtsräte und Landrichter, 15 Assessoren, 61 Rechtsanwälte und Notare, 10 Referendare und Rechtspraktikanten, 17 Verwaltungsbeamte, (22 Mitarbeiter, deren Stand nicht bezeichnet ist, oder die einem anderen Beruf angehören, bleiben außer Betracht). Das Verhältnis der Praktiker zu den Universitätslehrern ist 226 : 37, also etwa 6 : 1. Das Verhältnis ist also für die Praktiker sehr günstig, selbst wenn man in Betracht zieht, daß deren Zahl weit größer ist, als die der Dozenten. Man darf dabei nicht vergessen, daß die schriftstellerische Tätigkeit zu den unmittelbaren Berufsaufgaben des Universitätslehrers zählt. Bemerkenswert ist auch, daß die so außerordentlich wichtigen Gebiete des Grundbuchrechts, des Zwangsversteigerungsrechts und der freiwilligen Gerichtsbarkeit vorwiegend — nahezu ausschließlich — von Praktikern behandelt werden. Unter den 20 Autoren z. B., die das Zwangsversteigerungsgesetz behandelt haben, befindet sich ein Professor.

Strafverfahren, insbesondere auch auf eine Betrugsanzeige der Klägerin hin, für unzurechnungsfähig erklärt worden war. Am 15. Oktober 1900 erließ das Landgericht München I Urteil dahin, daß der Versteigerungserlös nach Verhältnis der Forderungen zu verteilen sei, wonach auf den Klageteil 541 Mk. 15 Pfg., auf den Beklagten 1226 Mk. 76 Pfg. trafen. Das Gericht nahm an, der Beklagte sei in dieser Sache vollzurechnungsfähig, habe auch von einem gewissen Zeitpunkte ab dolos gegen seinen Prinzipal gehandelt und damit den Vorrang erschlichen. Dagegen sei nicht erweisbar, daß der Kläger bei offenem Vorgehen des Beklagten ihm jemals mit der Pfändung zuvorgekommen wäre und habe Beklagter auch keine Pflicht gehabt, mit seiner eigenen Pfändung von vornherein dem Klageteil auszuweichen. Auf Berufung des Klageteils und Anschließung des Beklagten sprach das OLG. München IV. CS. am 6. Juli 1901 den ganzen Versteigerungserlös dem Beklagten zu, weil aus dem Anfechtungsgesetz nicht geklagt, eine zivilrechtliche Anfechtung der Pfändung des Beklagten aber nicht zulässig sei, da letztere kein Rechtsgeschäft zwischen Kläger und Beklagten darstelle. Auf die Revision des Klageteils hob das Reichsgericht am 7. Januar 1902 dieses Urteil auf und verwies die Sache zurück (Jur. Wschr. 1902 S. 170), weil es sich nicht um eine Anfechtung, sondern um Naturalausgleich des durch Pfanderschleichung zugefügten Schadens handle, der recht wohl mit Klage nach § 878 CPO. geltend gemacht werden könne, aber noch weiterer tatsächlicher Feststellung in zweiter Instanz bedürfe. Das OLG. München erkannte am 3. Juni 1902 wiederum wie früher, indem es Gutgläubigkeit des Beklagten und Mangel ursächlichen Zusammenhangs annahm. Auf neuerliche Revision des Klageteils hob das Reichsgericht am 23. Dezember 1902 das Urteil wiederum auf und verwies an den III. CS. zurück, weil der Ausschluß des Kausalzusammenhangs ungenügend begründet sei und eine Reihe von Fragen weiterer Feststellung bedürfe, um die Klage auf Vorrang oder doch wenigstens Gleichrang für unbegründet halten zu können. Der III. CS. des OLG. München wies jetzt am 18. April 1903 den ganzen Erlös dem Klageteil zu, weil der Beklagte sich den Pfandvorrang tatsächlich durch Arglist verschafft habe und seiner bezüglichen Ersatzpflicht durch Einräumung des Gleichrangs nicht ledig werde. Hiegegen legte nunmehr der Beklagte Revision ein, die zunächst durch Versäumnisurteil des Reichsgerichts vom 22. Dezember 1903 und dann durch Endurteil vom 14. Juni 1904 zurückgewiesen wurde; das Revisionsgericht befand die tatsächlichen Feststellungen nunmehr einwandfrei und wies die in der Revisionsinstanz zugunsten des Gleichrangs neu vorgebrachten Behauptungen über Konkursmäßigkeit des Schuldners bei der Pfändung als verspätet zurück. Am 29. September 1904 setzte die erste Instanz die dem Klageteil vom (übrigens gerichtsbekannt vermögenslosen) Beklagten zu erstattenden Kosten auf 1084 Mk. 98 Pfg. fest. Das finanzielle Ergebnis stellt sich also, da vom Beklagten ein Kostenersatz nicht zu erhalten ist, unter Berücksichtigung des vierjährigen Zinsverlustes beiläufig gerade so, als ob der Klageteil das erstinstanzielle Urteil sofort hätte rechtskräftig werden lassen.

Landgerichtsrat Neumiller in München.

---

# Aus der Praxis der Gerichte.

## Reichsgericht.

### I.

**Zu §§ 138, 343 BGB., § 10 Gew.O.** Ein zum Bierbezug auf längere Zeit bei Vertragsstrafe verpflichtender Vertrag ist nicht ohne weiteres unsittlich. — Vor Feststellung der Höhe der Vertragsstrafe kann auch nicht teilweise Löschung der dafür bestellten Sicherungshypothek verlangt werden.

Gründe: Bisher hat man einen Bierzwangsvertrag, der für eine Reihe von Jahren geschlossen ist, nicht für unsittlich gehalten. Der Umstand, daß die Dauer eines Vertrages für längere Zeit bestimmt ist, kann möglicherweise bei der Beurteilung, ob ein Vertrag gegen die guten Sitten verstoße, mit in Betracht gezogen werden, aus ihm allein läßt sich aber gewiß seine Unsittlichkeit nicht herleiten. Daß Kläger, wie er angibt, keine Gegenleistung gegenüber dem zehnjährigen Bierzwange genießt, hat er durch die Zurückzahlung des Darlehens von 6000 Mk. selbst verschuldet... Eine Uebertragung der Entscheidung des RG. III 142/04 vom 28. Oktober 1904, wodurch die Begründung des Bierabnahmezwangs als Reallast nach § 10 Gew.O. für nichtig erklärt wurde, auf den vorliegenden Fall ist ausgeschlossen. Ueber die Sicherungshypothek für die Vertragsstrafe führt das Berufungsgericht folgendes aus: Ob deren Betrag zu 3000 Mk. werde ererreicht werden, stehe noch nicht fest. Selbst wenn die Strafe von 10 Mk. für jedes anderweit bezogene Hektoliter Bier unverhältnismäßig hoch wäre und Kläger Herabsetzung gemäß § 343 BGB. fordern könnte, so lasse sich doch zurzeit nicht übersehen, welchen Betrag Kläger als angemessen zu zahlen haben werde, wenn er bis zum Ablaufe der Vertragszeit mit der Zuwiderhandlung fortfahre. Jedenfalls sei sein Verlangen, den Höchstbetrag der Strafe schon jetzt auf 100 Mk. zu ermäßigen und auf Löschung der Sicherungshypothek bis auf diesen geringen Betrag zu erkennen, unbegründet. Auch diese Ausführungen des Oberlandesgerichts lassen Rechtsirrtum nicht erkennen. (Urt. vom 7. Januar 1905 V 295/04.) —r.

### II.

**Zu §§ 295, 398, 530 CPO.** Die in I. Instanz ungerügt unterbliebene Beeidigung von Zeugen kann in II. Instanz durch Antrag auf ihre Wiedervernehmung über dieselben Tatsachen nicht erzwungen werden.

Gründe: Die Revision meint, die nochmalige Vernehmung schon vernommener Zeugen stehe nur dann im Ermessen des Gerichts (§ 398 CPO.), wenn die erste Vernehmung ordnungsgemäß erfolgt sei, und daran fehle es hier, indem die Eheleute U. hätten vereidigt werden müssen. Letzteres ist zuzugeben, aber sein Rügerecht hat der Beklagte auch für die Berufungsinstanz verloren (§ 530), er konnte daher eine Nachholung der Vereidigung nicht verlangen. (Vgl. Seuff. Arch. Bd. 58 Nr. 152, Oberstes LG. f. Bayern.) Dies will er nun auf dem Umwege erreichen, daß er nochmalige Vernehmung der Zeugen über dasselbe Beweisthema beantragt. Darüber entscheidet aber das richterliche Ermessen, dessen Ausfall, wenn es wie hier ausgeübt worden ist, nicht angegriffen werden kann. (Urt. vom 7 Januar 1905 V 297/04.) —r.

### III.

**Beleidigung und geschäftliche Schädigung durch Verbreitung von Angaben über Zusammensetzung und Wert eines kosmetischen Mittels. §§ 823 ff. BGB.** In einem von der Firma B. herausgegebenen Konversations-

lexikon findet sich ein Artikel über Geheimmittel, der diese abfällig bespricht und in einer Uebersicht über die „landläufigsten Geheimmittel und Spezialitäten" auch ein von der Firma A. (G. m. b. H.) vertriebenes Haarwasser unter Angabe der Bestandteile und des wirklichen Geldwerts anführt. Die Firma A. erachtete sich dadurch in ihrer geschäftlichen Ehre verletzt und im Erwerbe geschädigt. Sie erhob auf Grund des § 823 BGB. Klage mit dem Antrag, die Beklagte zu verurteilen, daß sie die Verbreitung der tadelnden Angaben zu unterlassen, den betreffenden Band des Lexikons nicht mehr in den Verkehr zu bringen und die ausgegebenen Exemplare zurückzuziehen habe. Die Klage wurde in 1. und 2. Instanz abgewiesen; die Revision wurde verworfen.

Aus den Gründen: Die Klage ist als Schadensersatzklage auf Grund des § 823 BGB. erhoben und erst in zweiter Linie auf §§ 824, 826 BGB. gestützt. Läge in der Tat ein unerlaubtes Verhalten der Beklagten im Sinne der §§ 823, 824, 826 BGB. vor, so wäre allerdings Klage auf Unterlassung zulässig. (Entsch. in CS. 48 S. 114). Als Gegenstand der Rechtsverletzung hat die Klägerin ihre geschäftliche Ehre und das aus der Ausübung ihres Gewerbebetriebs fließende Recht auf Erwerbung von Kundschaft bezeichnet. Das Berufungsgericht verneint ein vorsätzliches Handeln der Beklagten und damit die Anwendbarkeit des § 826 BGB. Nun schlösse zwar ein auf die Belehrung der Allgemeinheit gerichteter Wille nicht aus, daß die Bekämpfung für schädlich erachteter Geschäfte auch vom Willen des Verfassers umfaßt würde. Aber ein Unternehmen, das offensichtlich bezweckt, angesichts die Allgemeinheit gefährdender Erscheinungen das Publikum zu warnen und zu belehren, kann nicht als ein gegen die guten Sitten verstoßendes Handeln erachtet werden. Was die Schädigung der geschäftlichen Ehre betrifft, so fällt die Ehre nicht unter die „sonstigen Rechte" im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB. (vgl. Entsch. in CS. 51 S. 369). Die Verfolgung aus § 823 Abs. 2 BGB. wegen Verletzung der als Schutzgesetze zu erachtenden Vorschriften des Strafgesetzes, welche die Beleidigung mit Strafe bedrohen, ist aber ausgeschlossen, weil die Verfolgung einer Ehrverletzung nur individuellen Personen, nicht aber der unter dem Namen einer Handelsgesellschaft zusammengefaßten Personenmehrheit zusteht. Zudem stünde der Beklagten der Schutz des § 193 StGB. zur Seite. Denn es ist ein gutes Recht eines literarischen Unternehmens, das auf allen Gebieten des Wissens eine der allgemeinen Durchschnittsbildung zugängliche Unterweisung geben will, auch auf dem Gebiete des Geheimmittelwesens nach der wirtschaftlichen Seite aufzuklären und zu belehren. Hiernach könnte nur noch eine mittelbare Schädigung des Erwerbsrechts in Frage kommen, begangen durch die Behauptung und Verbreitung von Tatsachen, welche die Beschaffenheit der Ware und die Vertrauenswürdigkeit der Firma herabsetzen (fahrlässige Kreditgefährdung im Sinne des § 824 BGB.). Es fehlt aber an dem Nachweise, daß die Beklagte der Wahrheit zuwider schädigende Behauptungen verbreitet hat. (Urt. vom 2. Jan. 1905.) ——— n.

## Oberstes Landesgericht.

### A. Zivilsachen.

### I.

**Darf in den Fällen der §§ 1666, 1635 des BGB. über die Frage, ob eine Anordnung der dort bezeichneten Art zu treffen ist, entschieden werden, bevor ein Pfleger für das Kind bestellt und über die Notwendigkeit des Einschreitens des Vormundschaftsgerichts gehört worden ist?** Diese Frage wird nunmehr durch das Reichsgericht entschieden werden. Es wird nämlich die Ansicht, die sie verneint, von dem Kammergerichte Berlin (Entsch. in A. d. freiw. Gerichtsb. u. d. Grundbuchr. II S. 3; Rechtspr. d. OLG., IV Nr. 29b S. 112; Entsch. in A. d. freiw. Gerichtsb. u. d. Grundbuchr. III S. 3, IV S. 137; Rechtspr. d. OLG. I S. 327 Anm., Nr. 295b S. 495, III S. 1, IV Nr. 95 lit. c. S. 410) und den Oberlandesgerichten Dresden (Rechtspr. d. OLG. VI Nr. 11 lit. c. « S. 61, II Nr. 22 S. 515 dagegen Centralblatt f. freiw. Gerichtsb. u. Notar. Jahrg. I Nr. 166 S. 700 ff.) und Rostock (Rechtspr. d. OLG. III Nr. 77 S. 298) vertreten. Diese Meinung wird auch von Dernburg, Das Bürgerl. Recht, Bd. IV § 74 Nr. X mit Anm. 15, 16 S. 246, 247, Neumann, Handausg. d. BGB., 3. Aufl. Bd. II Anm. II 2 S. 243, Kuhlenbeck, BGB., 2. Aufl. Bd. II Bemerk. zu § 1666 letzter Abs. auf S. 635, Fischer-Henle, BGB., 6. Aufl. Bemerk. 5 zu § 1635 S. 831, Bemerk. 7 zu § 1666 S. 848, Bendix, Das deutsche Bürgerl. Recht, 2. Aufl. Bd. II § 91 S. 808 oben, Landsberg, Das Recht des BGB., Bd. II § 244 S. 957 gebilligt, während Planck, Komm. z. BGB., Bd. IV Bemerk. 3 zu § 1666 S. 420, Bemerk. 2 lit. b. Abs. 2 S. 648, Staudinger, Komm. z. BGB., 2. Aufl. Bd. IV Lief. 13 Bemerk. VII S. 797, Endemann, Lehrb. d. Bürgerl. Rechts, 7. Aufl. Bd. II § 198 Nr. 3 lit. a. c S. 857, 859 sie verwerfen. Opet, Das Vormundschaftsrecht, § 16 S. 206 ff., Enneccerus-Lehmann, Das Bürgerl. Recht, 2. Aufl. Bd. II § 207 S. 530, Schröder-Mugdan a. a. O. S. 155 erwähnen die Notwendigkeit der Bestellung eines Pflegers nicht. Der I. Civil-Senat des Obersten Landesgerichts vermochte sich der Ansicht, daß die Mitwirkung eines Pflegers wesentliches Erfordernis des Verfahrens sei, nicht anzuschließen, er hat deshalb gemäß § 28 GFG. eine weitere Beschwerde dem Reichsgerichte vorgelegt und hierbei seine Rechtsauffassung in folgender Weise begründet: Die Mitwirkung eines Pflegers ist weder im BGB. noch in dem Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vorgeschrieben, das BGB. begnügt sich im § 1673 mit der Vorschrift, daß das Vormundschaftsgericht vor einer Entscheidung, durch welche die Sorge für die Person des Kindes dem Vater entzogen oder beschränkt wird, außer dem Vater auch Verwandte, insbesondere die Mutter, oder Verschwägerte des Kindes hören soll, wenn es ohne erhebliche Verzögerung und ohne unverhältnismäßige Kosten geschehen kann, und das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gewährt im § 57 Abs. 1 Nr. 8 den Verwandten und Verschwägerten des Kindes das Recht der Beschwerde gegen eine Verfügung, durch welche eine solche Maßregel abgelehnt wird. In den Motiven zum Entwurf I des BGB. und in den Protokollen der II. Kommission findet sich keine Andeutung davon, daß das Verfahren des Vormundschaftsgerichts die Mitwirkung eines Pflegers erfordere, und aus der Gestaltung des Verfahrens läßt sich dieses Erfordernis nicht herleiten. Das Kind steht in dem Verfahren nicht dem Vater als Partei gegenüber, sondern ist Gegenstand der amtlichen Fürsorge des Vormundschaftsgerichts. Das Vormundschaftsgericht hat, wenn das Wohl des Kindes durch den Vater in der im § 1666 bezeichneten Weise gefährdet wird, von Amts wegen die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßregeln zu treffen, zu diesem Zwecke hat ihm der Gemeindewaisenrat nach § 1675 Anzeige zu machen, wenn ein zu solchem Einschreiten Anlaß gebender Fall zu seiner Kenntnis gelangt. Das Vormundschaftsgericht hat nach § 12 GFG. von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittelungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen, es hat insbesondere nach Maßgabe des § 1673 BGB. Verwandte oder Verschwägerte des Kindes zu hören. Es kann Zeugen und Sachverständige nach § 15 GFG. nach seinem Ermessen beeidigen und bei öffentlichen Behörden, von denen

sachdienliche Auskünfte zu erwarten sind, Erkundigungen einziehen. Das Vormundschaftsgericht ist durch die Befugnisse, mit denen es ausgestattet ist, in den Fällen der §§ 1666, 1635 ebenso wie in allen anderen Fällen, in denen es zu einer fürsorglichen Tätigkeit berufen ist, in den Stand gesetzt, die zu seinen amtlichen Obliegenheiten gehörende Feststellung der in Betracht kommenden Tatsachen mit der erforderlichen Verlässigkeit zu treffen. Die Mitwirkung des Pflegers könnte nur in einer Unterstützung des Vormundschaftsgerichts bei der Ermittelung der Tatsachen und der Sammlung der Beweise bestehen, es ist aber nicht einzusehen, warum diese Unterstützung in den Fällen der §§ 1666, 1635 unerläßlich sein soll, der Umstand, daß das Interesse des Kindes durch die zu treffende Entscheidung „in hohem Grade berührt wird“, reicht dazu nicht aus. Für die Anfechtung einer ungerechtfertigten Ablehnung des Einschreitens des Vormundschaftsgerichts ist dadurch gesorgt, daß nach § 57 Abs. 1 Nr. 8, 9 und § 63 GFG. das Beschwerderecht nicht nur den Verwandten und Verschwägerten des Kindes, sondern neben ihnen jedem zusteht, der ein berechtigtes Interesse hat, die Angelegenheit wahrzunehmen, und nach den §§ 59, 63 GFG. das Kind, sofern es das vierzehnte Lebensjahr vollendet hat und nicht geschäftsunfähig ist, das Beschwerderecht selbständig ausüben kann. Neben diesen Vorschriften hat das Gesetz die Bestellung eines Pflegers zu dem Zwecke, zu prüfen, ob die ablehnende Entscheidung angefochten werden soll, und gegebenenfalls sie anzufechten, nicht für geboten erachtet. Bei der Anfechtung der ungerechtfertigten Anordnung einer die elterliche Gewalt beschränkenden Maßregel ist der Vater nicht gehindert, mit seinem Interesse auch das des Kindes wahrzunehmen. Aus diesen Gründen erachtet der Senat die bei den bayerischen Gerichten herrschende Uebung, einen Pfleger nur zu bestellen, wenn besonderer Grund dazu vorliegt, für gerechtfertigt. (Beschluß vom 21. Januar 1905 Reg. III 1/1905.)

Mitgeteilt von E. Yblagger, Rat am Obersten Landesgerichte.

## II.

**Klage der Käufer eines Hotels auf Leistung des Interesse wegen arglistiger Täuschung derselben über die Gefährlichkeit einer Beleuchtungsanlage durch die Verkäufer.** Die Eheleute J. und M. W. verkauften am 4. März 1899 ihr Gasthofanwesen in Augsburg mit der Einrichtung an die Eheleute L. u. B. G., die bis dahin ein Kaffeehaus in Augsburg betrieben hatten, um 520000 Mk. Etwa acht Monate vorher hatten sie sowohl in den Wirtschaftsräumen als in den ungefähr 100 Fremdenzimmern die vorhanden gewesene gewöhnliche Gasbeleuchtungsanlage in eine Gasglühlichtbeleuchtung mit elektrischer Oeffnung und Schließung des Gashahnes der Lampen und selbsttätiger Zündvorrichtung umwandeln lassen. Der zur Bewegung des Gashahnes bestimmte Schalter war in einer Blechkapsel an der Wand angebracht, die Einschaltung und Ausschaltung des elektrischen Stromes erfolgte wie bei der elektrischen Beleuchtung durch Drehung einer Flügelschraube. Die Zündvorrichtung bestand in einer kleinen Stichflamme, die durch ein von dem Gasrohre der Lampe abzweigendes Röhrchen unterhalten wurde und innerhalb des Glühstrumpfes neben dem Brenner der Lampe brannte. Die Stichflamme, deren Zuleitungsröhrchen durch das Oeffnen und Schließen des Gashahnes der Lampe nicht berührt wurde, sollte ständig brennen; wenn der Gashahn der Lampe geöffnet wurde, entzündete sich das aus dem Brenner ausströmende Gas an ihr, der Gefahr einer Gasausströmung aus dem Brenner war damit vorgebeugt, solang die Stichflamme brannte. Die kleine Stichflamme konnte aber durch einen Luftzug leicht ausgelöscht werden und ein mit der Einrichtung nicht bekannter Gast konnte sie absichtlich oder aus Ungeschicklichkeit auslöschen. War sie erloschen, so strömte aus ihrem Zuleitungsröhrchen ständig, und wenn der Gashahn der Lampe nicht vollständig geschlossen war, auch aus dem Brenner Gas aus. Bei dem Betriebe der Beleuchtungsanlage zeigte sich, daß häufig Gasausströmungen vorkamen und es blieben auch ernstere Zwischenfälle, die darauf zurückzuführen waren, nicht aus; wiederholt gerieten Gäste infolge von Gasausströmung in Lebensgefahr. Die Anstände, die sich mit der Beleuchtungsanlage ergaben, veranlaßten den J. W., jeden Abend eine Runde im Hause zu machen. Bei der Besichtigung des Anwesens, die der Beurkundung des Kaufvertrags voranging, zeigte J. W. den Eheleuten G. die Beleuchtungseinrichtung in einem Fremdenzimmer. Auf die Frage der B. G., ob die Einrichtung nicht gefährlich sei, antwortete er, sie sei vollkommen sicher und gefahrlos; von den mißlichen Erfahrungen, die er mit ihr gemacht hatte, schwieg er. In den ersten Wochen nach der Uebernahme des Gasthofs durch die Eheleute G. wurde ein Gast in seinem Zimmer bewußtlos und röchelnd gefunden und in das Krankenhaus verbracht, wo er am folgenden Tage starb. Als Todesursache wurde Gasvergiftung festgestellt. Die Eheleute G. erhoben bei dem Landgericht Augsburg gegen die Eheleute W. Klage auf Zahlung von 12000 Mk., die sie darauf stützten, daß die Unbrauchbarkeit der von den Beklagten eingerichteten Gasbeleuchtung ein wesentlicher Mangel des Gasthofs sei, der dessen Wert um 12000 Mk. gemindert habe, und daß die Beklagten den Mangel arglistig verschwiegen und sogar eine gegenteilige Zusicherung gemacht hätten. Das Landgericht beschränkte die Verhandlung zunächst auf den Grund des Anspruchs und erklärte nach der Aufnahme von Beweisen mit Urteil vom 20. Dezember 1902 den Anspruch der Kläger für begründet. Die Berufung der Beklagten wurde von dem Oberlandesgericht Augsburg mit Urteil vom 4. Oktober 1904 zurückgewiesen. In den Entscheidungsgründen ist ausgeführt, daß die von den Beklagten eingerichtete Beleuchtungsanlage für die Fremdenzimmer eines Gasthofs wegen der hohen Gefahr, der sie die Gäste aussetze, untauglich sei, daß die Gefährlichkeit der Anlage für Laien nicht sofort erkennbar gewesen und von den Klägern nicht erkannt worden sei und daß die Untauglichkeit der Beleuchtungsanlage den Gebrauchswert des Gasthofs wesentlich beeinträchtigt habe. Auf die nur mündlich erteilte Zusicherung der Gefahrlosigkeit der Anlage könnten sich die Kläger nach Art. 14 des Not.G. v. 1861 nicht berufen, den Beklagten falle aber arglistiges Verschweigen der Gefährlichkeit zur Last. Die angebliche Mitteilung des J. W. — für die er in der Berufungsinstanz Beweis angeboten hat —, daß die Anlage ordentlich im Stande gehalten werden müsse und daß die Stichflamme bei Ueberdrehen am Schalter erlösche, vermöge daran nichts zu ändern, die Kläger hätten der Versicherung des J. W. von der Gefahrlosigkeit der Anlage vertrauen dürfen, die angebliche Mitteilung desselben habe nicht genügt, sie über die wahre Sachlage aufzuklären. Die Beklagten hätten ihnen von den mißlichen Erfahrungen, die sie mit der Anlage gemacht hatten, Kenntnis geben müssen und seien sich bewußt gewesen, daß die Unkenntnis, in der sie die Kläger erhielten, die Höhe des Kaufpreises beeinflußte, daß die Kläger bei Kenntnis der wahren Sachlage den geforderten Preis nicht bewilligt haben würden. Das Oberste Landesgericht hat die Revision der Beklagten aus folgenden Erwägungen zurückgewiesen: Es kann dahingestellt bleiben, ob die Beleuchtungsanlage, mit der die Beklagten den Gasthof verkauft haben, obwohl sie in ihrer Art nicht fehlerhaft hergestellt war, deswegen als ein Mangel des Gasthofs anzusehen ist, weil eine Beleuchtungsanlage dieser Art sich für die Fremdenzimmer eines Gasthofs nicht eignet. Auch wenn in dieser Beziehung die Ansicht des Berufungsgerichts nicht zu billigen sein sollte, wird das Urteil

durch die Feststellung getragen, daß die Beklagten die Kläger über die Gefährlichkeit der Anlage arglistig getäuscht und dadurch zur Gewährung eines höheren Kaufpreises bestimmt haben. Die mit einer gewöhnlichen Gasbeleuchtungsanlage verbundene Gefahr der Gasausströmung war den Klägern allerdings bekannt. Aber die Einrichtung, die die Beklagten an der schon vorhanden gewesenen Gasbeleuchtungsanlage haben anbringen lassen, sollte gerade diese Gefahr beseitigen: sobald Gas aus dem Brenner der Lampe ausströmte, sollte es sich an der Stichflamme entzünden; solang die Stichflamme brannte, konnte eine gefahrbringende Gasausströmung nicht stattfinden. Die mit einer gewöhnlichen Gasbeleuchtungsanlage verbundene Gefahr entstand erst, wenn die Stichflamme erlosch und die neue Einrichtung erwies sich deswegen als unzulänglich, weil das Erlöschen der Stichflamme leicht eintrat. J. W. hat im Einverständnisse mit seiner Frau versichert, daß die Beleuchtungsanlage gefahrlos sei, und die mißlichen Erfahrungen, die er mit ihr gemacht hatte, verschwiegen. Auf Grund seiner Versicherung vertrauten die Kläger darauf, eine Beleuchtungsanlage zu erhalten, die die mit einer gewöhnlichen Gasbeleuchtungsanlage verbundene Gefahr der Gasausströmung nicht mit sich brachte. Sollte er seiner Versicherung die Mitteilung beigefügt haben, für die er in der Berufungsinstanz Beweis angeboten hat, so würde er von einer Gefahr gesprochen haben, die in Wirklichkeit nicht bestand, denn durch Ueberdrehen der Flügelschraube hätte allenfalls der Schalter beschädigt aber nicht das Erlöschen der Stichflamme herbeigeführt werden können. Hievon abgesehen hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum angenommen, daß die Mitteilung, falls sie gemacht wurde, gegenüber der ausdrücklichen Versicherung der Gefahrlosigkeit der Anlage und der Verheimlichung der gemachten gegenteiligen Erfahrungen nicht genügte, die Kläger über die wahre Sachlage aufzuklären. Eine Mitteilung, die nach der Absicht des J. W. von den Klägern nicht als Zurücknahme der Versicherung von der Gefahrlosigkeit der Anlage aufgefaßt werden sollte und von ihnen auch nicht in diesem Sinne aufgefaßt worden ist, schließt die in der bewußt wahrheitswidrigen Versicherung enthaltene arglistige Täuschung nicht aus. Soweit die Beklagten durch die arglistige Täuschung einen höheren Kaufpreis erzielt haben, als sie bei redlichem Handeln erlangt haben würden, sind sie den Mehrbetrag den Klägern zu erstatten verpflichtet. Dernburg, Pandekten, 7. Aufl. I § 104 Nr. 4, Regelsberger, Pandekten I § 146 Nr. III, 2, Neue Sammlung von Entsch. des OLG. I S. 435. (Urt. d. I. ES. vom 30. Dezember 1904 Reg. I 250/1904.)

Mitgeteilt von E. Yblagger, Rat am Obersten Landesgerichte.

III.

**Einkindschaftung nach oberpfälzischem Landrecht.** Am 7. Mai 1904 starb in M. der Privatier D. Er ist als erstehelichen Kind seines Vaters bei dessen Verheiratung mit Katharina N. durch einen am 13. Februar 1851 in Lauf geschlossenen, gerichtlich bestätigten Vertrag eingekindschaftet worden. Im Vertrage heißt es: „Katharina N. nimmt die erstehelichen Kinder als rechte Kinder an, sodaß sie gleiches Erbrecht mit den aus der Ehe geborenen haben sollen, sowohl bezüglich des mütterlichen als des väterlichen Erblasses." Gesetzliche Erben des D. waren neben der Witwe die Geschwister. Katharina D., geb. N., beansprucht auf Grund der Einkindschaftung Erbrecht auf ein Viertel des Nachlasses. Sie beantragte Erbschein. Das Nachlaßgericht wies den Antrag ab. Die Beschwerde der Katharina D. wurde verworfen. Die weitere Beschwerde blieb erfolglos.

Aus den Gründen: Die Bestimmungen des oberpfälzischen Landrechts über die Einkindschaftung verknüpfen mit dieser nicht die Begründung eines Eltern- und Kindesverhältnisses, sondern nur vermögensrechtliche, insbesondere erbrechtliche Wirkungen. Die eingekindschafteten Kinder werden hinsichtlich der Beerbung des Stiefelternteils den Kindern der neuen Ehe gleichgestellt. Dem Stiefelternteil aber wird ein Erbrecht ihnen gegenüber nicht eingeräumt. Aus den Bestimmungen des oberpfälzischen Rechts geht klar hervor, daß zur Erbfolge in den Nachlaß der eingekindschafteten Kinder neben den vollbürtigen Geschwistern nur der leibliche Elternteil berufen wird. Die Anführung des oberpfälzischen Landrechts unter den Rechten, die dem Stiefelternteil ausdrücklich ein Erbrecht einräumen, bei Roth (bayer. Zivilrecht Bd. I 2. Aufl. § 93) beruht offenbar auf Versehen. Für die Annahme einer Aenderung des Landrechts durch Gewohnheitsrecht fehlt es an jedem Anhalte. (Beschluß vom 7. Januar 1905.) ——n.

B. Urteile in Polizeistrafsachen.

I.

**Zu Art. 2 des Vereinsgesetzes.** Oeffentliche Angelegenheiten im Sinne des Art. 2 des Vereinsgesetzes sind vor allem diejenigen, welche ausschließlich in den Wirkungskreis des Staates oder des Reiches, der Gemeindeverbände oder solcher Körperschaften fallen, die zu den staatlichen Einrichtungen gehören; ebenso auch diejenigen Angelegenheiten, die nicht ausschließlich in diesen Wirkungskreis fallen, sobald sie unter dem Gesichtspunkte ihrer Beziehung zum Staate behandelt werden und die Gesamtheit des Gemeinwesens sowie das gesamte öffentliche Interesse berühren (z. B. die soziale Lage des Arbeiterstandes als solche und die Bestrebungen desselben in dieser Richtung). Für die Entscheidung der Frage, ob vorgängige Anzeige bei der Ortspolizeibehörde erforderlich ist, ist nicht der Inhalt des in der Versammlung Erörterten, sondern einzig und allein der Inhalt der öffentlichen oder allgemeinen Einladung maßgebend. (Urt. vom 5. Jan. 1905.)

II.

**Geltungsbereich ortspolizeilicher Vorschriften.** Eine für den Bezirk einer Gemeinde erlassene ortspolizeiliche Vorschrift tritt für das dieser Gemeinde einverleibte Gebiet einer anderen Gemeinde nicht von selbst mit der Tatsache der Einverleibung in Geltung; damit sie auch für das einverleibte Gebiet Geltung habe, ist ihre gehörige Verkündung für dieses Gebiet erforderlich (Samml. Bd. 1 S. 36). Andererseits bleiben die für den Bezirk der einverleibten Gemeinde erlassenen ortspolizeilichen Vorschriften auch nach der Einverleibung in Geltung, solange sie nicht förmlich aufgehoben werden oder die für den anderen Gemeindebezirk über denselben Gegenstand erlassenen ortspolizeilichen Vorschriften auch für den Bezirk der einverleibten Gemeinde gehörig verkündet werden. (Urt. vom 10. Jan. 1905.)

Mitgeteilt von Oberregierungsrat Dr. Englert.

## Oberlandesgericht Zweibrücken.

**Den sog. Stromgebühren steht ein Vorrecht nach § 61 Ziff. 2 KO. nicht zu.** Die Gemeinde K., die aus ihrem zunächst der Straßenbeleuchtung dienenden Elektrizitätswerke gegen Zahlung und ohne Zwang zur Benützung elektrischen Strom an Private, industrielle Unternehmungen usw. abgibt, klagt gegen den Verwalter im Konkurse über das Vermögen einer Schuhfabrik auf Feststellung, daß den von ihr angemeldeten rückständigen Gebühren für den Strom ein Vorrecht nach § 61 ² KO. zukommt. Sie verweist auf ein hinsichtlich der Kanalisation staatsaufsichtlich genehmigtes Ortsstatut, wonach das Wasserwerk, die Kanalisation und das Elektrizitätswerk als öffentliche Anstalten der Ge-

meinde im Sinne von Art. 31 pf. Gem.O. und die für ihre Benützung zu erhebenden Gebühren als örtliche öffentliche Abgaben erklärt sind, für die das Grundstück, zu dessen Nutzen die Anstalten dienen, und dessen jeweiliger Eigentümer als Schuldner nach Art. 122 AG. z. BGB. die Gemeinde haften. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die auf Verurteilung nach der Klage gerichtete Berufung wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen: A. Nach § $61^2$ KO. (§ $54^2$ ä. F.) genießen ein Vorrecht in der II. Klasse „die Forderungen der Reichskasse, der Staatskassen und der Gemeinden sowie der Amts-, Kreis- und Provinzialverbände wegen öffentlicher Abgaben, die im letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens fällig geworden sind oder als fällig gelten". I. Was „öffentliche Abgaben" sind, sagt die KO. weder im § 61 noch an einer anderen Stelle, auch nicht in § 49; die Begriffsbestimmung ist daher nach allgemeinen Regeln der Gesetzesauslegung zu finden. Die Auslegung hat sich dabei zunächst auf die Hilfsmittel zu beschränken, die das Gesetz selbst an die Hand gibt; erst in Ermangelung solcher wird die Erklärung aus anderen Gesetzen oder aus der Wissenschaft zu versuchen sein. 1. Der Wille des Gesetzgebers wird zunächst aus dem grammatikalischen Sinne des gebrauchten Wortes erschlossen und zwar ist es ein Gebot der Vernunft, zunächst die Bedeutung des Wortes anzunehmen, die der gewöhnliche Sprachgebrauch an die Hand gibt. Nach diesem ist Abgabe, was von Untertanen zu entrichten ist; man versteht unter öffentlichen Abgaben öffentlichrechtliche Leistungen, die von dem Bürger auf Grund der allgemeinen Bürgerpflicht nach einem bestimmten Maßstabe entrichtet werden müssen, ohne daß ein besonderer Anspruch einer Behörde auf Entschädigung für einzelne Maßregeln entstanden ist. Zu den öffentlichen Abgaben gehören z. B. die Steuern (mit denen zusammen Abgaben genannt werden, wenn der gewöhnliche Sprachgebrauch die Gesamtheit der dem Bürger obliegenden Lasten bezeichnen will), die Zölle, die Aufschlagsgefälle, die Grubenfeldabgabe, dann die Gemeinde-, Distrikts-, Kreisumlagen, eine Reihe von Stempelabgaben, die — fälschlich „Gebühr" genannte — Gebühr für das Halten von Hunden, die staatliche Besitzveränderungsgebühr des Art. 249 Geb.G., die gemeindliche Besitzveränderungsgebühr des Gesetzes vom 15. Juni 1898, das Gebührenäquivalent der Art. 254 ff. Geb.G., endlich die Staatsgebühren von den Amtshandlungen der Gerichtsvollzieher und von den Urkunden der Notare, insoferne diese Gebühren als Besteuerung des Immobiliar- sowie des sonstigen Rechts- und Geschäftsverkehrs erscheinen und nicht ein Entgelt für den vom Staate den Beurkundungen dieser Beamten verliehenen öffentlichen Glauben sind. Nicht hierher gehören Leistungen, die aus Anlaß einer bestimmten öffentlichrechtlichen Tätigkeit des Staates oder der Gemeinde von denjenigen, welche diese Tätigkeit veranlassen, als Entgelt geschuldet sind, die eigentlichen „Gebühren", als Gerichtskosten, Gebühren der nichtstreitigen Rechtspflege und der Verwaltung. 2. Daß diese dem gewöhnlichen Sprachgebrauche geläufige, dem Abgabenbegriffe des Staatsrechts und der Finanzwissenschaft gegenüber engere Bedeutung von der Konkursordnung gewollt ist, ergibt sich aus dem Zusammenhange des § $61^2$ deutlich, wenn dort von der vorschußweisen Entrichtung der Abgaben durch den Steuererheber die Rede ist; der Gebrauch dieses Wortes zeigt, daß das Gesetz in der Tat an die gewöhnliche Bedeutung des Ausdrucks gedacht hat. 3. Auch aus der Geschichte der Konkursordnung und den ihr zugrunde liegenden Gesetzen und Vorarbeiten geht hervor, daß der Begriff der öffentlichen Abgaben in § $61^2$ auf Steuern und diesen gleichgestellte Leistungen beschränkt ist.[1] — —

[1]) Siehe Entsch. d. RG. in CS. Bd. 21 S. 46 und Bd. 28 S. 86 sowie Entsch. d. Obersten LG. vom 1. Mai 1903 Slg. Bd. IV S. 301.

Die Geschichte der fraglichen Vorschrift weist also auf die Richtigkeit der engeren Bedeutung des Begriffes „öffentliche Abgaben" hin und es ist ihr um so größere Beweiskraft zuzuerkennen, als sie die Annahme, daß ein im Gesetze gebrauchtes Wort die gewöhnliche Bedeutung hat, stützte. II. Es ist also nicht mehr geboten, zur Erklärung des durch den Wortlaut, den Zusammenhang und die Geschichte der Gesetzesstelle genügend erläuterten Begriffes „öffentliche Abgaben" andere Gesetze heranzuziehen und ebensowenig bedarf es eines Versuchs, den Begriff aus der Finanzwissenschaft zu erklären. Das gewonnene Ergebnis wird nicht beeinträchtigt, wenn sich zeigt, daß der Ausdruck „öffentliche Abgaben" in anderen Gesetzen eine weitere, die Gebühren mitumfassende Bedeutung hat — § 70 GVG. — und daß andere Gesetze — das Ger.Kost.G. z. B. — bei der Begriffsbestimmung unmittelbar auf die in der Finanzwissenschaft geläufige Bedeutung zurückgegangen sind. Die Ansicht, daß in § $61^2$ KO. die öffentlichen Abgaben die Gebühren nicht mitumfassen, wird auch dadurch nicht erschüttert, daß Art. 1 des bayer. Gebührengesetzes die in diesem Gesetze bestimmten Gebühren öffentliche Abgaben nennt. Es ist bekannt, daß derselbe Ausdruck in verschiedenen Gesetzen verschiedene Bedeutung haben kann[1]). B. Ein Vorrecht nach § $61^2$ KO. kommt also nur den Gemeindesteuern und den ihnen gleichstehenden Leistungen zu, nicht den Gebühren und ähnlichen Leistungen. Die Leistungen, welche die Schuhfabrik an die Stadt für die Lieferung elektrischer Kraft zu machen hatte, sind keine Steuern oder diesen gleichstehende Abgaben, sie sind keine auf der Gemeindeangehörigkeit beruhenden Leistungen an die Gemeinde, sondern das Entgelt für die Benützung der von der Gemeinde zur Verfügung gestellten Anstalten. Das Vorrecht von § $61^2$ KO. würde also den Stromgebühren selbst dann nicht zukommen, wenn sie unter die örtlichen Abgaben einzureihen wären, welche die Gemeinden nach Art. 31 Abs. 1 pf. Gem.O. (Art. 40 Abs. 1 rechtsrhein. Gem.O.) für die Benützung ihres Eigentums und ihrer Anstalten zu erheben befugt sind. Denn wenn auch das Elektrizitätswerk eine öffentliche Gemeindeanstalt wäre und die für seine Benützung zu entrichtenden Abgaben öffentliche örtliche Abgaben wären, so könnten diese nur unter die Gebühren, nicht unter die Steuern und steuerähnlichen Leistungen gerechnet werden. C. Es ist überhaupt fraglich, ob — zumal, wenn ein Zwang zur Benützung der Anstalt nicht besteht — der Bezug von elektrischer Kraft durch Private für private Zwecke eine Benutzung einer Gemeindeanstalt im Sinne des Art. 31, ob der für den Strom geschuldete Betrag eine (örtliche) Abgabe ist. Der Art. 31 hat die Benutzung des öffentlichen Eigentums, öffentlicher Anstalten und Unternehmungen im Auge. Daß eine Gemeinde für die Benützung einer privaten Anstalt oder Unternehmung — Wand, Gem.O. II. Aufl. S. 225/6 führt hier Gasanstalten, Wasserversorgungsanstalten, Badeanstalten, Theater, Bleichplätze auf — beliebige Bestimmungen aufstellen und beliebige Preise festsetzen kann, folgt aus dem den Gemeinden nicht entzogenen Rechte, Privateigentum zu besitzen und private Unternehmungen zu treiben, und hätte im Gesetze nicht besonders hervorgehoben werden müssen; es ist den Gemeinden auch unverwehrt, die Ersatzansprüche für diese privaten Leistungen Gebühren zu nennen. Aber dazu, daß eine gemeindliche Anstalt oder Unternehmung im Sinne des Art. 31 zu einer öffentlichen Gemeindeanstalt, daß eine für ihre Benützung erhobene Abgabe zu einer öffentlichen örtlichen Abgabe im Sinne des Art. 31 wird, genügt es nicht, daß die Gemeinde

[1]) Zumal, wenn das eine Gesetz mit dem Ausdrucke eine vom gewöhnlichen Sprachgebrauche abliegende Bedeutung im Sinne einer bestimmten Fachwissenschaft damit verbindet. Entsch. d. RG. vom 10. März 1892 Bd. XXIX S. 23 und Entsch. d. Obersten LG. vom 1. Mai 1903 Slg. Bd. IV S. 301.

ihr Elektrizitätswerk — geradeso wie ihre durchaus anderen rechtlichen Charakter tragende Kanalisationsanlage — zu öffentlichen Gemeindeanstalten im Sinne von Art. 31 und die für ihre Benützung und Leistung zu erhebenden Gebühren und Ersatzansprüche zu örtlichen öffentlichen Abgaben erklärt; dazu wird vielmehr erfordert, daß die Anstalt zu Zwecken des öffentlichen Interesses, des gemeinen Nutzens errichtet ist, wie dies bei öffentlichen Beleuchtungsanstalten — Gesetz vom 11. frim. VII, siehe Wand S. 250 Nr. 109 — und Wasserleitungen — Art. 29 pf. Gem.O. (Art. 40 rechtsrhein. Gem.O.) — der Fall ist. Diese Oeffentlichkeit wird auch dadurch nicht hergestellt, daß die Gemeinde statutarische Bestimmungen für die Benützung erläßt und die Benützung jedem freigibt, der sich zu einer Ersatzleistung versteht, da dies auch, wie angedeutet, bei privaten Unternehmungen der Fall sein kann. Es ist weder eine öffentlichrechtliche Pflicht von Gemeinden, ihren Angehörigen zu privatem oder gewerblichem Verbrauche elektrischen Strom zuzuführen, noch kann die fakultative Versorgung von Privaten mit elektrischer Kraft als ein öffentlicher Gemeindezweck in dem Sinne erachtet werden, daß die diesem Zwecke gewidmete Anstalt darum eine öffentliche und das für ihre Benützung gezahlte Entgelt darum zu einer Gebühr im Rechtssinne würde. Es kann vorkommen, daß eine von einer Gemeinde errichtete Anstalt einem öffentlichen Zwecke dient und daß sie daneben der Benützung für private Zwecke eröffnet wird; dann ist die Anstalt eben, insoweit sie öffentliche Zwecke erfüllt, eine öffentliche Gemeindeanstalt, innerhalb des übrigen Bereiches aber ein privates Unternehmen und auch die Beträge, die für die Benützung zu entrichten sind, haben verschiedene rechtliche Natur. Wenn es sich um die Benützung der öffentlichen Anstalt handelt, sind sie Gebühren im Rechtssinne — öffentliche örtliche Abgaben des Art. 31 Gem.O. —, insoweit es sich aber um die finanziellen Beziehungen der Gemeinde zu den privaten Abnehmern handelt, sind die Gegenleistungen Kaufpreise, Mietzinse, Pachtschillinge, Honorare. Die Gemeinde kann die rechtliche Natur dieser letzteren Gegenleistungen nicht ohne weiteres verändern, das Rechtsverhältnis nicht aus dem Gebiete des Privatrechts in das des öffentlichen Rechts rücken, wenn sie nicht zugleich einen allgemeinen Zwang zur Benützung eintreten läßt. (Urt. vom 6. Dezember 1904.)

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Lunglmayr in Zweibrücken.

---

## Oberlandesgericht Bamberg.

**Verkauf fremder beweglicher Sachen im eigenen Namen. Kann der Kaufpreis von den Gläubigern des Verkäufers rechtsgültig gepfändet werden oder steht dem Eigentümer der Sachen ein Widerspruchsrecht zu? (BGB. §§ 433, 816, 935, 990, CPO. § 771.)** Der Schreiner W. kaufte am 26. Januar 1902 aus dem Geschäfte des Fabrikanten R. stammende Buchenholzstücke, sogenannte Buchenstollen; geschlossen wurde der Kauf durch Georg Z. Am 24. Februar 1902 wurde über das Vermögen des R. der Konkurs eröffnet. Am 27. dess. Mts. unterzeichnete W. dem Konkursverwalter gegenüber eine Erklärung, den Kaufpreis an die Konkursmasse zu schulden; da aber nachher die Kaufpreisforderung als dem Georg Z. zustehend für zwei Gläubiger desselben gepfändet wurde, hinterlegte W. den Kaufpreis. Der Verwalter erhob darauf gegen die Pfändung Widerspruchsklage und verlangte die Freigabe des Preises, weil Georg Z. namens des R. den Kauf mit W. geschlossen habe, daher die gepfändete Forderung nicht dem Z., sondern dem Gemeinschuldner W. zustehe. Im Rechtsstreite wurde festgestellt, daß die Buchenstollen Eigentum des R. gewesen waren, daß Z. aber beim Verkauf im eigenen Namen auftrat. Das LG. wies die Widerspruchsklage und das OLG. die Berufung zurück. Aus den Gründen des oberlandesgerichtlichen Urteils: „Nach § 433 BGB. wird schon mit dem Abschlusse des Kaufvertrags für den Verkäufer die Pflicht begründet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen, für den Käufer aber die Pflicht, dem Verkäufer den Preis zu zahlen und die Sache abzunehmen. Nichterfüllung des Verkäufers gibt nur dem Käufer ihm gegenüber Rechte, bewirkt aber nicht, daß ein Dritter, so der Eigentümer der verkauften Sache, mittels Erfüllung der dem Verkäufer obliegenden Verpflichtung an dessen Stelle in den Kaufvertrag einzutreten und den Preis zu fordern berechtigt wird. R. wäre daher auf die Eröffnung des W., daß Z. für sich an diesen verkauft und sich den Kaufschilling ausbedungen habe, in der Lage gewesen, die Herausgabe der ihm gehörigen Buchenstollen an W. zu verweigern und dadurch die Erfüllung des zwischen den beiden geschlossenen Kaufvertrags zu vereiteln, insbesondere die Verweigerung der Zahlung des Kaufpreises an Z. seitens des W. auf Grund der §§ 440 Abs. 1, 320 BGB. herbeizuführen; wenn er aber die Uebergabe des Holzes an W. geschehen ließ, ohne daß dieser sich zur Zahlung des Kaufpreises an ihn, R., statt an Z. verpflichtete, so erfolgte die Uebergabe und Abnahme auf Grund des zwischen Z. und W. geschlossenen Vertrags und blieb Z. der hieraus berechtigte Verkäufer. Wurde auf diese Weise dessen Verfügung über den Kaufgegenstand wirksam, ohne daß er zu ihr berechtigt gewesen wäre, so erwuchs ihm nach § 816 BGB. die Verpflichtung zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten, also zur Abtretung der durch den Verkauf erlangten Kaufpreisforderung an R. Selbst dann wäre der Eigentümer nicht anstatt des Verkäufers der auf den Kaufpreis unmittelbar Berechtigte, wenn dieser widerrechtlich über die jenem gehörige Sache verfügt, sogar wenn er sie ihm entwendet und der Käufer dies gewußt hätte. Der Eigentümer hätte nur den Anspruch auf Herausgabe der in seinem Eigentume gebliebenen, im Besitze des Käufers befindlichen beweglichen Sache nach §§ 935 Abs. 1, 985 und gegebenenfalls auf Schadensersatz wider den unredlichen Käufer nach § 990 BGB., neben seinem Anspruche gegen den unredlichen Veräußerer auf Herausgabe des von diesem Erlangten nach § 816 und Schadenserſatz nach §§ 823, 249 BGB.; nicht aber kann der Eigentümer als unmittelbar Berechtigter die Zahlung des Kaufpreises für die entwendete Sache verlangen. Es mangelt eine gesetzliche Handhabe, um den Erwerber, vollends den gutgläubigen, am Kaufvertrage festzuhalten. Der allgemeine Satz pretium succedit in locum rei, der schon im gemeinen Rechte nicht allgemein anerkannt war — vgl. Holzschuher, Theorie und Kasuistik § 34 Nr. 8, § 125 Nr. 17 (3. Aufl. Bd. 1 S. 329, Bd. 2 S. 549) — ist auch vom BGB. nicht eingeführt. Eine Abhilfe gegen mißliche Folgen ist in der fraglichen Richtung durch § 392 HGB. gewährt, wonach Forderungen aus einem vom Kommissionär abgeschlossenen Geschäfte zwar vom Kommittenten gegenüber dem Schuldner erst nach der Abtretung geltend gemacht werden können, aber auch ohne Abtretung im Verhältnisse zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär und dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten gelten. In der Kommission für die zweite Lesung des BGB. (Prot. Bd. 2 S. 360 ff.) wurde eine Verallgemeinerung des letzteren Satzes vorgeschlagen, aber abgelehnt, ebenso wie ein Antrag auf Gewährung des Aussonderungsrechts im Konkurse für ähnliche Ansprüche, wobei jedoch schon der Vorschlag die Nichtanwendbarkeit auf Fälle außerhalb des Konkurses ausdrücklich betonte (a. a. O. S. 721 ff.). Aus alledem ergibt sich, daß, selbst wenn Z. zum Verkaufe der Buchenstollen an W. nicht befugt gewesen sein sollte, dem R. doch nicht die Kaufschillingsforderung, sondern höchstens ein Anspruch gegen Z. auf Uebereignung der zu dessen Vermögen gehörigen Forderung erwach-



sen wäre. Als ein die Veräußerung hinderndes Recht am Vollstreckungsgegenstand im Sinne des § 771 CPO. kann nun zwar auch ein obligatorisches Recht auf Herausgabe genügen, aber es ist ebenso wie bei der Aussonderung im Konkurs erforderlich, daß der Gegenstand nicht zum Vermögen des Schuldners gehört (vgl. Gaupp-Stein § 771, II. 1. c). Diese Voraussetzung wäre gegeben, wenn die Beklagten etwa die Buchenstollen selbst in der Richtung gegen Z. hätten pfänden lassen; sie könnte auch in Frage kommen, wenn W., ungeachtet seines Vertragsschlusses mit Z. als dem Selbstverkäufer, den Kaufpreis wegen Ungewißheit über die Person des Gläubigers für den Besserberechtigten, sei es R. oder Z., nach § 372 hinterlegt und damit dem Kläger einen durch den Nachweis seines besseren Rechts bedingten unmittelbaren Anspruch auf den Gegenstand der Hinterlegung eingeräumt hätte. So aber wurde die noch ausstehende Kaufschillingsforderung gepfändet, die, wie erörtert, infolge des Vertragsschlusses dem Z. zustand und vom Kläger höchstens wegen ungerechtfertigter Bereicherung, somit auf Grund der Eigenschaft eines gewöhnlichen Gläubigers ohne unmittelbaren Rückgewährsanspruch herausverlangt werden konnte (vgl. Jaeger, KO., 2. Aufl., § 43 Anm. 3, 10). Die Hinterlegung des Kaufpreises erfolgte dann auf die Pfändungen gegen Z. Gegen diese Pfändungen hat somit, da die Behauptung des Vertragsschlusses durch Z. in Vertretung des R. widerlegt ist und auch ein sonstiges die Veräußerung hinderndes Recht dem Kläger nicht zur Seite steht, dieser mit Ungrund Widerspruch erhoben." (Urteil [I. CS.] Beruf.R. 40/04 vom 29. Oktober 1904.)

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Schäfer in Bamberg.

## Oberlandesgericht Nürnberg.

**Dem Rechtsanwalt steht für den Antrag auf Rückgabe einer Sicherheit (§ 715 CPO.) neben der Prozeßgebühr kein Anspruch auf eine besondere Gebühr zu.** Rechtsanwalt F. hat am 12. November 1904 beantragt, unter die dem Beklagten auferlegten Prozeßkosten 8 Mk. für den Antrag auf Rückgabe der von der Klägerin zur Erlangung der vorläufigen Vollstreckbarkeit hinterlegten Sicherheit (§ 715 CPO.) einzusetzen. Er beruft sich auf § 24 RAGO., § 47 Ziff. 10 RGKG. und einen Beschluß des OLG. Nürnberg vom 22. April 1904. Das Landgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und auf die in der Rechtspr. d. OLG. Bd. 2 S. 269, 4 S. 270, 5 S. 227, 7 S. 226, 227 und im Recht 1903 S. 268, 294, 366 abgedruckten Erkenntnisse Bezug genommen. Das Oberlandesgericht ist der Anschauung des Erstrichters beigetreten, daß die dem Prozeßbevollmächtigten für den Antrag auf Herausgabe einer Sicherheit zustehende Vergütung in der Prozeßgebühr inbegriffen ist, daß also die besondere Gebühr des § 24 RAGO. nur dem Anwalt zusteht, der nicht bereits die Prozeßgebühr bezieht. (Beschluß vom 6. Dezember 1904.) (M.)

## Oberlandesgericht Augsburg.

**a) Klageänderung oder Erläuterung des Klagegrundes?** [1]) Der Einwand, daß in der Hervorhebung des dolus in der 2. Instanz eine Klageänderung liege, ist nicht zutreffend. Die Widerklage wurde ausweislich des Tatbestandes des angefochtenen Urteils auf den „durch schuldhaft widerrechtliche Vollstreckung verursachten Schaden" gegründet, und es kann nur als nähere Ausführung des Klagegrundes gelten, wenn die Klage nunmehr diese Rechtsverletzung als dolos bezeichnet. Würde die Klage so begründet bleiben, wie sie in 1. Instanz begründet war, so würde der Einführung des dolus als Klagegrund eines späteren Prozesses die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegenstehen, woraus sich ergibt, daß eine Klageänderung nicht in Frage kommt. (RG. 48, 372.)

**b) Schadensersatz bei widerrechtlicher Vollstreckung eines formell ordnungsmäßigen Vollstreckungstitels. §§ 823, 826 BGB.** Unrichtig ist die Behauptung des Widerbeklagten, daß von einem Schadensersatzanspruch deshalb nicht die Rede sein könne, weil das Vorhandensein der Vollstreckungsklausel und die damit begründete formelle Rechtmäßigkeit der Vollstreckung die Handlungsweise der Widerbeklagten unter allen Umständen decke. Die Tatsache, daß dem Gläubiger die formelle Berechtigung zur Vollstreckung in der Vollstreckungsklausel zur Seite steht, befreit ihn nicht von jeder Haftung für die Einleitung und Durchführung der Zwangsvollstreckung. Was die Widerbeklagten hiewegen unter Hinweisung auf eine angebliche Analogie der Zwangsvollstreckungstitel im allgemeinen und den vom Gesetze bezeichneten Einwendungen gegen dieselben einer- und dem Urteil und den geordneten Rechtsmitteln andererseits ausführen, steht dem schon um deswillen nicht entgegen, weil es nicht richtig ist, daß derjenige, der ein rechtskräftiges Urteil vollstrecken läßt, vor jedem Schadensersatzanspruch wegen dieser Vollstreckung gesichert ist. RG. 46, 75. In der Tat ist denn auch anerkannt, daß der Gläubiger, welcher materiell widerrechtlich zur Vollstreckung schreitet, zum Schadensersatz verpflichtet werden kann. Bl. f. RA. 59, 31. Andererseits heben aber die Widerbeklagten mit Recht hervor, daß der Anspruch auf Schadensersatz nicht schon darauf gestützt werden kann, daß die Vollstreckungsklausel in unzulässiger Weise erteilt worden ist, sondern daß es hierzu noch weiter eines Verschuldens in Einleitung und Durchführung der Vollstreckung bedarf.

**c) Mitwirkendes Verschulden kann aus der Unterlassung des Antrags auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nicht in allen Fällen abgeleitet werden. § 254 BGB.** War der Widerbeklagte, wie erwiesen, in dolo, dann haftet er auf das Interesse unbedingt, und diese Haftung kann auch nicht dadurch ausgeschlossen werden, daß es die Widerkläger etwa an der ihnen zuzumutenden Sorgfalt in Abwendung des Schadenserfolges haben fehlen lassen — Windscheid, Bd. II § 258, Entsch. des Obersten GH. und des Obersten LG. München, IV 118, XI 324 JW. 00. 829, 9; 01. 580, 22. Der Umstand, daß die Widerkläger, wie die Widerbeklagten behaupten, Einwendungen gegen die Vollstreckung zu erheben gar nicht beabsichtigten, würde den Schadensersatzanspruch nur dann ausschließen, wenn diese Unterlassung in der Absicht geschehen wäre, die Zwangsvollstreckung ohne Anwendung der gesetzlichen Abwehrmittel über sich ergehen zu lassen, um dann von den Widerbeklagten Schadensersatz zu verlangen; denn dann würde die Widerkläger ebenfalls der Vorwurf des dolus treffen, welcher sich mit dem dolus des Widerbeklagten kompensieren würde. Der Anspruch der Widerkläger würde aber auch nicht etwa dadurch ausgeschlossen, daß die Unterlassung der Abwendung des durch die widerrechtliche Vollstreckung verursachten Schadens auf einer culpa lata ihrerseits beruhte. Allerdings stellt das gemeine Recht den Satz auf, daß culpa lata dem dolus gleichstehe; allein dieser Satz gilt für denjenigen, welcher Schadensersatzanspruch erhebt, nicht allgemein, sondern nur, wenn es sich um die Haftung des Schuldners in einer bereits bestehenden Obligation handelt; wie sich hier die Haftung für dolus und culpa lata völlig gleichstehen, so kann andererseits die Haftung des Schuldners aus einem dieser Gründe nicht in Anspruch genommen werden, wenn der Gläubiger den infolge der dolosen oder grob nachlässigen Pflichtverletzung des Schuldners drohenden Schaden dolo oder culpa lata nicht abgewendet hat. Im gegebenen

[1]) Die hier mitgeteilten Ausführungen sind einem vor längerer Zeit ergangenen, bisher noch nicht veröffentlichten Urteil entnommen.

Falle steht aber nicht eine Pflichtverletzung in der Obligation sondern ein Mißbrauch des Gläubigerrechtes in Frage. (RG. 21, 162, JW. 1900 897, 11.)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Dr. Fischer in Augsburg.

## Landgericht Nürnberg.

**Zu § 903 CPO.** Am 18. Mai 1904 erwirkte der Gläubiger gegen den zur Leistung des Offenbarungseides nach § 807 CPO. geladenen Schuldner Haftbefehl, da dieser trotz ordnungsmäßiger Ladung nicht erschienen war. Der Haftbefehl wurde dem Schuldner am 5. Dezember 1904 zugestellt und am 27. Dezember vollzogen. Der am gleichen Tage dem Amtsgerichte vorgeführte Schuldner bestritt, zur Leistung des Eides verpflichtet zu sein, da er ihn am 28. Oktober 1902 in anderer Sache geleistet habe. Da festgestellt wurde, daß der Schuldner den Eid tatsächlich, wie er angab, geleistet hatte, und da der Gläubiger nicht glaubhaft machte, daß der Schuldner seit dem 28. November 1902 Vermögen erworben habe, hat das Amtsgericht die Verpflichtung des Schuldners zur Eidesleistung verneint und ihn aus der Haft entlassen. Die Beschwerde des Gläubigers wurde verworfen.

Aus den Gründen: Die Beschwerde stützt sich auf die von den Kommentaren insbesondere von Gaupp-Stein zu § 901 CPO. vertretene Ansicht, daß der Schuldner durch sein Ausbleiben im Termin der früheren Einwendungen verlustig gehe, daß er also nach Erlassung des Haftbefehls die Verpflichtung zur Leistung des Eides nicht mehr bestreiten könne. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Die Vorschrift des § 903 CPO. hat öffentlichrechtlichen Charakter. Sie ist dazu bestimmt, unnötige Verhaftungen und Eidesleistungen zu verhüten; sie ist stets ohne Rücksicht auf das Parteivorbringen von Amts wegen zu beachten, sobald ihre Voraussetzungen vorhanden und bekannt geworden sind. Die auf § 903 gestützte Einwendung des Schuldners muß vom Gericht in jedem Teile des Verfahrens beachtet werden, gleichgültig, ob sie vor oder nach Erlaß des Haftbefehls gebracht wird, ob sie mit Beschwerde gegen den Haftbefehl oder erst nach Rechtskraft erhoben wird. Die Berufung auf einen innerhalb der letzten fünf Jahre einem anderen Gläubiger gegenüber geleisteten Eid ist ein wirksames Bestreiten der Verpflichtung zur Leistung im Sinne des § 900 Abs. 3 CPO. Den über diesen Widerspruch entscheidenden Beschluß des Amtsgerichts konnte der Gläubiger nur anfechten, wenn er einen Vermögenserwerb des Schuldners seit der früheren Eidesleistung glaubhaft machte. Seuff. Arch. Bd. 49 Nr. 69, Rechtspr. d. OLG. Bd. V S. 137, VI S. 143, Busch, Zeitschr. f. d. CP. Bd. 31 S. 116. (Beschluß vom 17. Januar 1905.)

(M.)

## Aus der Praxis des Gerichtshofs für Kompetenzkonflikte.

Dem Gütler M. in H. wurde am 29. November 1899 von der Gemeinde H. das Bürgerrecht verliehen. Er beanspruchte Teilnahme an den Nutzungen des Gemeindevermögens. Die Gemeinde machte geltend, daß der Anspruch hierauf nur den Eigentümern bestimmter Häuser zustehe. Im Verwaltungsrechtsverfahren wurde festgestellt, daß alle Gemeindebürger nutzungsberechtigt seien. Im April 1904 erhob M. Klage gegen die Gemeinde auf die Nutzungen von 1899 bis 1903. Die Regierung regte den Kompetenzkonflikt an. Der Rechtsweg wurde für unzulässig erklärt. Aus den Gründen: Der Anspruch ist in der Klage auf das Gemeindebürgerrecht in H. gestützt. Zwar ist in der Klage auch bemerkt, daß H. rechtswidrig geschädigt, die Gemeinde aber bereichert sei. Kläger hat aber nur eine Leistung beansprucht, deren Gegenstände einen Teil seines Vermögens noch nicht bildeten, sondern erst auf Grund seines Bürgerrechts seinem Vermögen einverleibt werden sollten. Den Grund des Anspruchs bildete sonach nur seine Zugehörigkeit zur Gemeinde H. Der Kläger hat allerdings auch geltend gemacht, daß die Gemeinde die Verleihung des Bürgerrechts an ihn böslich verzögert habe. Er wollte damit aber nicht einen Schadensersatzanspruch erheben, sondern nur den Anspruch auf die Nutzungen für das Jahr 1899 rechtfertigen und dem Einwand begegnen, daß er erst am 29. November 1899 Bürger geworden sei. Der Anspruch hat hiernach im Gemeindeverbande begründete Leistungen zum Gegenstande. Ueber solche haben nach Art. 36 der Gem.O. und Art. 8 Ziff. 28 des Ges. v. 8. August 1878 die Verwaltungsbehörden zu entscheiden. (Entsch. v. 13. Dez. 1904, Beil. 1 z. G. u. VBl. 1905.) ——n.

## Literatur.

**Der Pitaval der Gegenwart.** Dieser bei C. L. Hirschfeld in Leipzig erscheinende von Dr. R. Frank, Professor in Tübingen, Dr. G. Roscher, Polizeidirektor in Hamburg, Dr. H. Schmidt, Oberstaatsanwalt in Mainz herausgegebene „Almanach interessanter Straffälle" bringt in ansprechender, belletristisch gefärbter Darstellung Berichte über merkwürdige Vorkommnisse aus der strafrechtlichen Praxis. Das 1. Heft des II. Bandes (1905) enthält folgende Nummern: 1. Eine internationale Diebsbande, von Landrichter Dr. Nöldecke in Hamburg (ein für die Kenntnis des Gaunertums sehr wertvoller, des humoristischen Anstrichs nicht entbehrender Beitrag); 2. Ein Alibi, von Staatsanwalt Alfred Amschl in Graz, (die hübsch geschriebene aber ziemlich alltägliche und besondere juristische oder tatsächliche Eigentümlichkeiten nicht aufweisende Geschichte einer Brandstiftung); 3. Tränenreiche Weihnachten, von Staatsanwalt Dr. Ertel in Hamburg (unter diesem m. E. nicht glücklich gewählten Titel erzählt der Verfasser den ungewöhnlich interessanten Fall der Ermordung eines dreijährigen Kindes durch einen zwölfjährigen Knaben); 4. Die Geschichte eines ungarischen Hochstaplers, von Stadthauptmann Dr. Sárkány in Fünfkirchen (der hier mit Geschick gezeichnete Betrüger ist in seiner bodenlosen Frechheit und der unbeugsamen Hartnäckigkeit seines verbrecherischen Willens wirklich ein psychologisches Rätsel).

von der Pfordten.

## Notizen.

**Oberlandesgericht in Düsseldorf.** Der Reichsanzeiger und Königlich Preußische Staatsanzeiger Nr. 21 vom 24. Januar 1905 (Gesetzsammlung 1905, Nr. 2 vom 24. Januar 1905 [Veröffentlichung Nr. 10571]) veröffentlicht das Gesetz vom 2. Januar 1905, betr. die Errichtung eines Oberlandesgerichts in Düsseldorf. Ihm werden zugewiesen: 1. unter Abtrennung von dem Oberlandesgericht Köln die Bezirke der Landgerichte Cleve, Düsseldorf und Elberfeld; 2. unter Abtrennung von dem Oberlandesgericht Hamm der Bezirk des Landgerichts Duisburg. Das Gesetz tritt an einem durch Königliche Verordnung zu bestimmenden Tage, jedoch nicht vor dem 16. September 1906 in Kraft.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, II. Staatsanwalt im K. Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.



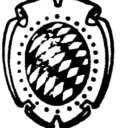
Nr. 6. München, den 15. März 1905. 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).





## Zur Lehre vom Erbscheine.[1])

Von **Dr. Hugo Kreß**, Amtsrichter und Privatdozent in München.

In der Nummer 1 dieser Zeitschrift teilt Herr Landgerichtsrat Dr. Engelmann einen Beschluß des Landgerichts München I mit, wonach der den Miterben erteilte Erbschein infolge der späteren Veräußerung eines Erbteils unrichtig wird und vom Nachlaßgerichte gemäß § 2361 BGB. einzuziehen ist. Der Erbschein ist — davon geht die landgerichtliche Entscheidung offenbar aus — nicht auf diejenigen Personen auszustellen, welche, sei es sofort oder unter Rückbeziehung des Erbanfalles (s. z. B. § 1953 BGB.), mit dem Tode des Erblassers seine Erben wurden, muß vielmehr jene als Erben bezeichnen, die zur Zeit der Erteilung des Erbscheines der Erbengemeinschaft angehören, also späterhin mit Wirkung ex nunc — auf Grund Erbfolge, Eintrittes des Nacherbfalles, Veräußerung eines Erbteils — das Erbrecht der ausgeschiedenen Erbgemeinschafter erlangt haben. Tritt ferner eines der bezeichneten Ereignisse, z. B. die Veräußerung eines Erbteils, erst nach der Erteilung des Erbscheins ein, so ist der Erbschein, weil unrichtig geworden, gemäß § 2361 BGB. einzuziehen; der neue Erbschein hat auf den Rechtsnachfolger des weggefallenen Miterben, z. B. den Erbteilserwerber, zu lauten.

Die in diesem Sinne vom Landgericht entschiedene Frage hat bisher in der Literatur wenig Beachtung gefunden. Der Plancksche Kommentar — Anm. 3a zu § 2353 BGB., woselbst die Literatur zusammengestellt ist — u. a. teilen die Rechtsanschauung des landgerichtlichen Beschlusses. Nach Staudinger — Kommentar z. BGB. § 2361 Anm. 1 — soll der Erbschein zwar den Namen des ursprünglichen Miterben, z. B. des Erbteilsveräußerers, angeben, zugleich aber eine Bemerkung darüber enthalten, daß und an wen der Erbteil veräußert wurde; eine Ansicht, die das Landgericht mit Recht als dem Gesetze widersprechend erachtet und verwirft.

Die vom Landgerichte zitierten Entscheidungen — Rechtspr. d. OLG. Bd. 6 S. 316; Centralbl. f. freiw. G. Bd. 1 S. 1000, Bd. 2 S. 118, 148 — erklären den Erwerber eines Erbteils übereinstimmend für berechtigt, die Ausstellung eines Erbscheines zu verlangen, sprechen sich aber gerade darüber nicht klar genug aus, ob dieser Erbschein auf den Namen des ausgeschiedenen Erbgemeinschafters oder seines Rechtsnachfolgers lauten müsse. Der in der Rechtspr. d. OLG. Bd. 6 S. 316 mitgeteilte Beschluß des OLG. Colmar dürfte eher zu der Anschauung hinneigen, daß der auf Verlangen des Erbteilserwerbers zu erteilende Erbschein den Namen des ausgeschiedenen Miterben anzugeben hat. Dieser Beschluß sagt nämlich a. E.: „Aus dieser Rechtsstellung des Erbteilskäufers . . . folgt seine Legitimation zum Antrag auf Erbschein . . . Etwa wie an Stelle des Erben dessen Gläubiger (§§ 792, 896 CPO.) oder wie ein Testamentsvollstrecker kann auch der durch den Kauf des Anteils eines Miterben in dessen Erbrecht eingesetzte Erwerber die Ausstellung eines Erbscheins für sich beantragen." Durch die Gleichstellung mit dem Erbengläubiger und Testamentsvollstrecker sollte wohl zum Ausdrucke gebracht werden, daß der Erwerber eines Erbteils zwar zum Antrag auf Erbschein legitimiert ist, daß aber dieser Erbschein seinen Namen ebensowenig enthalten darf, wie der dem Erbengläubiger oder Testamentsvollstrecker zu erteilende Erbschein den Namen des Gläubigers oder Testamentsvollstreckers.

Die rechtliche Tragweite der Streitfrage tritt weniger bei der Vermutung des § 2365 BGB. hervor. Nach dieser Bestimmung soll vermutet werden, daß den im Erbschein als Erben Bezeichneten — seien dies nun die wirklichen Miterben oder nach der Ansicht des landgerichtlichen Beschlusses ihre Rechtsnachfolger — das Erbrecht zustehe; der Gegenbeweis ist entsprechend dahin zu richten, daß die im Erbschein aufgeführten

[1]) Vgl. hiezu auch die Mitteilung aus der Praxis auf S. 150 dieser Nummer. In Nr. 7 wird ein die hier erörterte Frage betreffendes Urteil des Obersten Landesgerichts veröffentlicht werden.

Miterben — die ursprünglichen oder nach der anderen Ansicht ihre Rechtsnachfolger — das Erbrecht gar nicht erworben oder späterhin wieder verloren haben. Man mag vielleicht einen Vorteil für den Erbteilserwerber darin erblicken, wenn sein Name im Erbscheine steht und er sich deshalb unmittelbar auf die Vermutung des § 2365 BGB. berufen kann. Groß ist dieser Vorteil jedenfalls nicht; von den damit verbundenen Unzukömmlichkeiten aber ist unten zu sprechen. Der Erbteilserwerber wird den genügenden Nachweis für sein Erbrecht auch dadurch führen können, daß er den auf seinen Rechtsvorgänger, den ursprünglichen Miterben, lautenden Erbschein vorlegt und den Uebergang des Erbrechtes auf sich — infolge Erbganges (Erbschein), Eintrittes des Nacherbfalles, Erbteilsveräußerung (gerichtliche oder notarielle Uebertragungsurkunde) — dartut; ein Nachweis, der ihm auch im anderen Falle nicht erspart wird, den er vielmehr dann dem Nachlaßgerichte zur Erlangung des auf ihn lautenden Erbscheins erbringen muß.

Zu weit bedeutsameren Rechtsfolgen führt die verschiedene Beurteilung unserer Streitfrage im Gebiete des dem Erbscheine durch die §§ 2366, 2367 BGB. beigemessenen öffentlichen Glaubens. Nimmt man mit dem Landgericht an, daß der Erbschein unrichtig wird und einzuziehen ist, sobald die darin bezeichneten Miterben durch irgendwelche Rechtsnachfolger ex nunc abgelöst werden, daß also der Erbschein stets auf dem Laufenden gehalten, nämlich die gegenwärtigen Mitglieder der Erbengemeinschaft angeben muß, so wird — das ist die notwendige Folge — derjenige, welcher mit dem im Erbscheine bezeichneten Miterben Verfügungsgeschäfte im Sinne der §§ 2366, 2367 BGB. abschließt, durch den öffentlichen Glauben auch für den Fall geschützt, daß alle oder einzelne Miterben ihr Erbrecht bereits verloren hatten und deshalb zur Verfügung nicht mehr berechtigt waren. Diese Folge bedeutet zunächst für die Erwerber der Erbteile eine nicht zu unterschätzende Gefahr, die um so bedenklicher ist, als sie sich bei jedem Uebergang eines Erbteils in andere Hände wiederholt und auch bei bester Sorgfalt nicht ganz vermieden werden kann; mögen nämlich auch die Erbteilserwerber durch Verständigung des Nachlaßgerichtes sofort dafür sorgen, daß der auf ihre Rechtsvorgänger lautende und unrichtig gewordene Erbschein eingezogen wird, so können doch diese Rechtsvorgänger ihre auf dem Erbscheine beruhende Legitimation in der Zwischenzeit bis zur Einziehung zu an sich ja unberechtigten, aber auf Grund des öffentlichen Glaubens wirksamen Verfügungen über die Nachlaßgegenstände mißbrauchen. Die Verantwortlichkeit des Nachlaßgerichtes wird bei dieser Sachlage eine ganz erhebliche Steigerung erfahren. Erhält der Nachlaßrichter davon Kenntnis, daß das Erbrecht des in einem Erbschein aufgeführten Miterben — durch Erbfolge, Eintritt des Nacherbfalles, Veräußerung — auf andere Personen übergegangen ist, so hat er von Amtswegen den unrichtig gewordenen Erbschein einzuziehen. Der Nachlaßrichter wird also, wenn er aus einer Todesanzeige den Tod einer Person ersieht, die er in einem Erbschein als Miterben aufgeführt hat, den Erbschein einziehen und in dem neuen Erbschein an Stelle des Miterben dessen Erben angeben müssen, da diese von Todeswegen den Erbteil erhalten haben; ein Ende des Verfahrens und der Einziehungen läßt sich hier gar nicht absehen. Ist ferner dem Richter aus den Nachlaßakten bekannt, daß bezüglich eines Erbteils eine Nacherbfolge angeordnet ist, so wird er diese Akten nicht, wie es gewöhnlich geschieht, weglegen dürfen, sondern wohl im Auge behalten müssen, um seinerzeit darüber Erhebungen zu pflegen, ob der Nacherbfall eingetreten, der Erbteil damit in andere Hände gelangt, der noch auf den Vorerben lautende Erbschein also unrichtig geworden und einzuziehen ist. Aehnliches gilt, wenn der Nachlaßrichter erfährt, daß ein Erbteil durch Rechtsgeschäft unter Lebenden übertragen wurde. Die Notare, denen in Bayern die Beurkundung solcher Uebertragungen (§ 2033 BGB.) obliegt, wären von der Justizverwaltung anzuweisen, das zuständige Nachlaßgericht von jeder derartigen Beurkundung zu verständigen, damit der unrichtig gewordene Erbschein alsbald eingezogen werden kann. Dieselbe Weisung müßte auch an die Prozeßgerichte ergehen, die im Wege des Prozeßvergleichs formgültig Erbteilsübertragungen beurkunden können und durchaus nicht selten beurkunden.

Bekennt man sich zur Ansicht, daß der Erbschein nur diejenigen Personen als Miterben anzugeben hat, welche mit dem Tode des Erblassers — sei es sofort oder unter Rückbeziehung des Erbanfalles — als Erben eintraten, so vermeidet man alle die vorgeschilderten Schwierigkeiten. Die Einziehung des Erbscheines, der durch die Ablösung der darin aufgeführten Miterben durch Rechtsnachfolger ex nunc nicht unrichtig wird, hat zu unterbleiben; dem Dritten, der mit den im Erbscheine bezeichneten Miterben Verfügungsgeschäfte im Sinne der §§ 2366, 2367 BGB. abschließt, wird durch den öffentlichen Glauben keine Gewähr dafür geleistet, daß seinen Vertragsgegnern das Erbrecht noch zusteht, d. i. daß sie es nicht infolge Erbteilsveräußerung u. dgl. verloren haben. Aus der Entstehungsgeschichte und den Bestimmungen unseres bürgerlichen Rechtes dürfte sich die zuletzt bezeichnete Anschauung wohl begründen lassen.

Die §§ 2353 ff. BGB. bestimmen, daß die Erteilung des Erbscheines von den gesetzlichen und den auf Grund letztwilliger Verfügung berufenen Erben beantragt werden könne, und daß der Erbschein dementsprechend diese Erben anzugeben habe. Der dem Vorerben erteilte Erbschein muß die etwa angeordnete Nacherbfolge konstatieren. Er-

gibt sich, daß der erteilte Erbschein unrichtig ist, so hat ihn das Nachlaßgericht einzuziehen. Der Erbschein soll also die Erbfolge so bezeugen, wie sie sich „im Zeitpunkte des Todes des Erblassers“ auf Grund Gesetzes oder letztwilliger Verfügung gestaltet hat; enthält der Erbschein in dieser Richtung Irrtümer, dann ist er unrichtig und einzuziehen. Damit stimmt fast wörtlich überein die in Bd. 5 S. 684 der Protokolle wiedergegebene Erwägung der zweiten Kommission: „Der Zweck des Erbscheins sei der, daß im Interesse des Erben und derjenigen, welche mit ihm als Erben zu tun hätten, eine vorläufige amtliche Beurkundung des Rechtes des Erben nach Inhalt und Umfang, wie es mit dem Erbfall eingetreten sei, gegeben werden solle.“

Der 1. Entwurf (§ 2068) beschränkte das Institut des Erbscheins auf die gesetzliche Erbfolge; in dem Erbscheine soll nach den Motiven Bd. 5 S. 565 angegeben werden, „daß und in welchem Umfange eine Person auf Grund der gesetzlichen Erbfolge der Erbe eines Erblassers ist“. Für den gewillkürten Erben wollte der 1. Entwurf lediglich das in § 2078 Abs. 1 beschriebene Zeugnis einführen. Die 2. Kommission dehnte den Erbschein auch auf die gewillkürte Erbfolge aus, ohne hiebei zu verkennen, daß dadurch der Geschäftskreis und die Verantwortlichkeit des Nachlaßgerichtes erheblich gesteigert wurden (Prot. Bd. 5 S. 670 ff.). Auch diese geschichtliche Skizze dürfte dafür sprechen, daß dem Erbscheine nur die Erbfolge, wie sie sich kraft Gesetzes oder letztwilliger Verfügung mit dem Tode des Erblassers gestaltet hat, zugrunde zu legen ist und spätere durch Uebertragung des Erbteils, Eintritt des Nacherbfalles, Vererbung hervorgerufene Veränderungen keine Berücksichtigung finden können.

Das Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt in dem § 2354 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, §§ 2355, 2356, in welcher Weise beim Antrag auf Erbschein der Wegfall derjenigen Personen bewiesen werden muß, durch die der Antragsteller von der Erbfolge ausgeschlossen oder sein Erbteil gemindert werden würde. Das Gesetzbuch hat dabei nach seiner Sprachweise — auch nach den Motiven — ohne Zweifel nur den Fall im Auge, daß einzelne Erben unter Rückbeziehung ihres Wegfalles auf den Erbfall ausgeschieden sind (s. z. B. §§ 1953 ff., 2344 BGB.); solche Veränderungen sind natürlich eben wegen ihrer Rückbeziehung im Erbscheine zu berücksichtigen und bewirken seine Unrichtigkeit, wenn sie nach der Erteilung des Erbscheins eintreten. Dagegen schweigen die auf den Erbschein bezüglichen Bestimmungen unseres bürgerlichen Rechts vollständig über diejenigen Veränderungen, welche in den Mitgliedern einer Erbengemeinschaft mit Wirkung ex nunc durch Erbteilsübertragung, Eintritt des Nacherbfalles, Vererbung eintreten können. Dieses Schweigen kann nur damit erklärt werden, daß den zuletzt bezeichneten Tatsachen keinerlei Einfluß auf den Inhalt des Erbscheins eingeräumt werden sollte.

Die Frage, ob der Erbschein nur die mit dem Tode des Erblassers als Erben — sofort oder unter Rückbeziehung des Erbanfalles — eingetretenen Personen angeben müsse, oder ob auch die späteren ex nunc wirksamen Veränderungen in den Mitgliedern der Erbengemeinschaft zu berücksichtigen sind und der Erbschein deshalb immer und immer wieder richtig gestellt werden muß, ist gewiß nicht unzweifelhaft. Strohal löst sie in dem jüngst erschienenen zweiten Bande (S. 134 Anm. 4) seines Erbrechtes in dem zuerst bezeichneten Sinne. Es wäre zu wünschen, daß auch die künftige Rechtsprechung sich dieser Auffassung anschließt: Kaum zum Schaden der mit dem Institute des Erbscheins beabsichtigten Verkehrserleichterung und nicht zuletzt im Interesse unserer Nachlaßrichter.

---

## Fund in den Räumen oder Wagen der Eisenbahn.

Von **Dr. Georg Eger,** Regierungsrat in Berlin.

Die alte, mit dem 1. Januar 1900 außer Kraft getretene Verkehrsordnung für die Eisenbahnen Deutschlands vom 15. November 1892 enthielt in ihrem § 38 einige Bestimmungen über die im örtlichen Bezirke der Eisenbahn oder in den Wagen zurückgelassenen, an die Verwaltung abgelieferten Gegenstände. Darnach war angeordnet, daß diese Gegenstände mindestens drei Monate aufzubewahren sind, daß die dem Verderben ausgesetzten bestmöglichst verkauft werden sollen, sobald deren Verderben zu befürchten ist, und daß nach Ablauf der dreimonatigen Frist mit den Gegenständen und dem Erlöse nach Maßgabe der gesetzlichen oder sonstigen Vorschriften zu verfahren ist.

Dieser § 38 der alten Verkehrsordnung, welcher von den im örtlichen Bezirk der Eisenbahn oder in den Wagen zurückgelassenen Gegenständen handelt, ist in die neue mit 1. Januar 1900 geltende Verkehrsordnung vom 26. Oktober 1899 nicht aufgenommen worden. Die Aufnahme bezüglicher Bestimmungen erübrigte sich (vgl. Oesterlen, Zeitg. d. Ver. d. Eisenb.-Verw. 1897 Nr. 50 und dagegen Bach eod. 1898 Nr. 62, 63), weil die Regelung in betreff der in den Geschäftsräumen oder den Beförderungsmitteln einer öffentlichen Behörde oder einer dem öffentlichen Verkehre dienenden Verkehrsanstalt aufgefundenen Sachen durch die in §§ 978—982 des am 1. Januar 1900 in Kraft getretenen BGB. allgemein und vollständig erfolgt ist und nur die hierbei vorgeschriebenen Bekanntmachungen (§§ 980, 981) den Vorschriften des Bundesrates oder der Zentralbehörden der Bundesstaaten überlassen sind. Auch erschien es mit Rücksicht darauf, daß die Verkehrs-

ordnung als eine zur Ausführung der Vorschriften des HGB. über das Transportgeschäft auf den Eisenbahnen bestimmte Rechtsordnung erklärt worden ist, nicht angängig, Bestimmungen über aufgefundene Gegenstände, welche eine Ausführung der Vorschriften der §§ 978—982 des BGB. enthalten würden und mit dem Eisenbahntransportgeschäfte nur in einem ganz äußerlichen Zusammenhange stehen, weiterhin in die Verkehrsordnung aufzunehmen. (A. M. Bach, Zeitg. d. Ver. d. Eisenb.-Verw. 1898 Nr. 62, 63.) Zu Ausführungsvorschriften wesentlicher und materiell-rechtlicher Natur war weder die Zuständigkeit noch ein Anlaß vorhanden. Die unwesentlichen Bestimmungen formeller Natur über die Art der Behandlung solcher Fundsachen wurden aber zweckmäßig besser den Staatsaufsichtsbehörden überlassen.

Durch das BGB. ist endlich eine einheitliche und einfache Regelung der für die hier fraglichen Fundsachen anzuwendenden Grundsätze herbeigeführt (§§ 978—982). Vgl. hierzu Oesterlen, Die Behandlung des Fundes auf der Eisenbahn nach BGB. (Zeitg. d. Ver. d. Eisenb.-Verw. 1897 Nr. 50 S. 461). Mit Rücksicht auf den Ort des Fundes und weil die Fundsache immerhin noch unter der allgemeinen und organisierten Aufsicht der Eisenbahnverwaltung steht, kann sie nicht in der gewöhnlichen Weise gefunden werden (Endemann, Lehrb. d. bürgerl. Rechts § 87); es weichen daher die Vorschriften von den gewöhnlichen Vorschriften über Fundsachen (§§ 965—977) wesentlich ab. Es wird nicht wirklicher Verlust, sondern nur Zurücklassung in den öffentlichen Räumen rc. angenommen, daher auch nicht eigentlicher Fund, sondern nur Auffindung. Demgemäß gestalten sich auch die Rechte und Pflichten des Finders verschieden, insbesondere hat er weder einen Anspruch auf Finderlohn, noch auf Eigentumserwerb (§ 978 Satz 2 BGB.). Ob es freilich zweckmäßig ist, dem Finder auf diese Weise jedes Interesse zu nehmen, erscheint sehr zweifelhaft (vgl. auch Endemann a. a. O.).

Die §§ 978 ff., welche sich uneingeschränkt auf alle dem öffentlichen Verkehre dienenden Verkehrsanstalten, also auch auf Eisenbahnen — gleichviel ob sie von juristischen oder physischen Personen betrieben werden — beziehen (vgl. B. Hilse, Eisenb.-Entsch. XVI S. 166), verpflichten denjenigen, welcher eine Sache in den Geschäftsräumen oder den Beförderungsmitteln findet und an sich nimmt, diese unverzüglich an die Verkehrsanstalt oder an einen ihrer Angestellten abzuliefern, und schließen die Anwendung der §§ 965—977 ausdrücklich aus. Die Sache darf nicht mitgenommen und als Fund behandelt werden, sie gilt nicht als verloren und es werden Finderrechte an ihr nicht anerkannt. Unter den „Geschäftsräumen" sind die dem Verkehre eröffneten Räume der Bahn gemeint, also nicht die reinen Privaträume und ebensowenig die unbeschränkt jedem zugänglichen Oertlichkeiten, wie z. B. Bahnhofszufahrtstraßen, Vorplätze rc. (Richtig Bach a. a. O. Nr. 63.) Wohl aber sind zu den Geschäftsräumen die Nebenräume, wie Treppen, Korridore, Restaurationsräume, Bahnsteige, Gepäck-, Billett- und Zollabfertigungsstellen, Aborte rc. zu rechnen (Biermann, Komm. z. BGB. § 978 Nr. 1; ebenso Kuhlenbeck 2. Aufl. I § 978 Nr. 1, H. Neumann 3. Aufl. I § 978 Nr. 1, Staudinger § 978, Planck § 978 Anm. 1 c). Der Finder hat die Pflicht, die Sache unverzüglich, d. h. mit tunlichster Beschleunigung nach Maßgabe des ordnungsmäßigen Geschäftsganges und unter vernünftiger Berücksichtigung der konkreten Umstände abzuliefern. Verletzt er diese Vorschrift, so liegt ihm — abgesehen von strafrechtlicher Ahndung (St.GB. § 246) — die Schadensersatzpflicht gemäß §§ 823 ff. ob. Auch ist sowohl der Verlierer wie der Eigentümer und der Betriebsunternehmer berechtigt, die Ausantwortung der Sache durch Klage zu verlangen.

Die Eisenbahn kann die an sie abgelieferte Sache öffentlich versteigern lassen (BGB. § 383). Ein Aufgebotsverfahren findet also nicht mehr statt. Die Eisenbahnen des Reiches, der Bundesstaaten und der Gemeinden können die Versteigerung durch einen Beamten vornehmen lassen. Andere Unternehmer müssen die Versteigerung gemäß § 383 Abs. 3 BGB. bewirken. Zeit und Ort der Versteigerung sind unter allgemeiner Bezeichnung der Sache öffentlich bekannt zu machen. Der Erlös tritt an die Stelle der Sache (BGB. §§ 979, 981). Die Sache wie der an ihre Stelle tretende Erlös sind nach den Regeln der §§ 688 ff. BGB. zu verwahren. Der Ersteher erwirbt das Eigentum, wenngleich er das Nichteigentum der versteigernden Eisenbahn kennt (BGB. § 935 Abs. 2). Die Versteigerung ist jedoch nur zulässig, nachdem die Empfangsberechtigten in einer öffentlichen Bekanntmachung des Fundes zur Anmeldung ihrer Rechte unter Bestimmung einer Frist aufgefordert worden sind und diese Frist verstrichen ist, sie ist unzulässig, wenn eine Anmeldung rechtzeitig erfolgt ist. Die Bekanntmachung ist nicht erforderlich, wenn der Verderb der Sache zu besorgen oder die Aufbewahrung mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist (§ 980). Ist die Versteigerung wegen des Mangels der hiernach erforderlichen Voraussetzungen unzulässig, so erlangt der Empfangsberechtigte einen Schadensersatzanspruch gemäß §§ 31, 89, 823 ff. BGB., Art. 77 EG., auch wird alsdann der Ersteher nicht Eigentümer, falls er sich nicht über das Eigentum des Veräußerers in gutem Glauben befunden hat. (Planck BGB. § 980 Nr. 3, Staudinger a. a. O., Kuhlenbeck Nr. 1, Neumann Nr. 1 — a. M. Biermann Nr. 1). Sind seit dem Ablaufe der in der öffentlichen Bekanntmachung bestimmten Frist drei Jahre verstrichen, so fällt der Ver-

steigerungserlös, wenn nicht ein Empfangsberechtigter (§§ 965, 969 f. Goldmann u. Lilienthal BGB. II S. 105) sein Recht angemeldet hat, bei den Reichseisenbahnen an den Reichs-, bei Landeseisenbahnen an den Landesfiskus, bei Kommunalbahnen an die betreffenden Gemeinden, bei Privatbahnen an die Privatunternehmer. Der Erlös sowie das Protokoll der Versteigerungsverhandlung sind also drei Jahre lang aufzubewahren. Ist die Versteigerung ohne die öffentliche Bekanntmachung erfolgt, so beginnt die dreijährige Frist erst, nachdem die Empfangsberechtigten in einer öffentlichen Bekanntmachung des Fundes zur Anmeldung ihrer Rechte aufgefordert worden sind. Das gleiche gilt, wenn gefundenes Geld abgeliefert worden ist. Die Kosten werden von dem herauszugebenden Betrage abgezogen (§ 981).

Die nach Vorstehendem vorgeschriebenen Bekanntmachungen erfolgen bei den Reichseisenbahnen nach den vom Bundesrat, in den übrigen Fällen nach den von der Zentralbehörde des Bundesstaates erlassenen Vorschriften, also im Verwaltungswege. Gehören die Betriebe mehreren Bundesstaaten an, so müssen die Vorschriften aller beteiligten Staaten beobachtet werden. Vorschriften über die Bekanntmachungen sind ergangen für das Reich d. h. die Reichsbehörden und Reichsanstalten vom Bundesrate unterm 16. 6. 1898 (RGBl. Nr. 28 S. 912), für Preußen 18. 11. 1899 (EVBl. 1899 S. 411), Bayern 2. 12. 1899 (G. u. VBl. S. 994), Württemberg 14. 12. 1899 (Reg.Bl. S. 1142), Sachsen-Weimar 26. 3. 1900 (Reg.Bl. S. 324), Elsaß-Lothringen 19. 12 1899 (K. Amtsbl. S. 381), Reuß ä. L. 12. 12. 1899 (GBl. S. 321), 16. 12. 1899 (LVoBl. S. 419), Bremen 23. 1. 1900 (GBl. S. 5), Baden 6. 10. 1899 (G. u. Verord.-Samml. S. 885), Hessen 9. 8. 1899 (Reg.Bl. S. 449). Nach den Vorschriften des Reichs, mit welchen die von den Zentralbehörden der Bundesstaaten erlassenen Vorschriften meist wörtlich übereinstimmen, erfolgen die nach den §§ 980, 981, 983 BGB. von Reichsbehörden und Reichsanstalten zu erlassenden Bekanntmachungen durch Aushang an der Amtsstelle oder, wenn für Bekanntmachungen der bezeichneten Art eine andere Stelle bestimmt ist, durch Aushang an dieser Stelle. Zwischen dem Tage, an welchem der Aushang bewirkt, und dem Tage, an welchem das ausgehängte Schriftstück wieder abgenommen wird, soll ein Zeitraum von mindestens sechs Wochen liegen; auf die Gültigkeit der Bekanntmachungen hat es keinen Einfluß, wenn das Schriftstück von dem Orte des Aushanges zu früh entfernt wird. Die Behörde oder die Anstalt kann weitere Bekanntmachungen, insbesondere durch Einrückung in öffentliche Blätter, veranlassen. Die in der Bekanntmachung zu bestimmende Frist zur Anmeldung von Rechten muß mindestens sechs Wochen betragen. Die Frist beginnt mit dem Aushange, falls aber die Bekanntmachung auch durch Einrückung in öffentliche Blätter erfolgt, mit der letzten Einrückung.

---

# Aerztliche Gebühren im Ermittelungsverfahren.

Von **Dr. A. Bezold**, II. Staatsanwalt in Augsburg.

In Ausübung der durch § 158 der StPO. geschaffenen Pflicht, nach erhaltener Kenntnis von dem Verdachte einer strafbaren Handlung den Sachverhalt zu erforschen, kommt die Staatsanwaltschaft nicht selten in die Lage, von einem Arzte, sei es als Sachverständigem, sei es als sachverständigem Zeugen, Auskunft zur Sache zu erholen. Die Rücksichtnahme auf die persönliche Stellung des Arztes wird es dem Staatsanwalte für die Regel verbieten, in Anwendung der ihm durch § 159 StPO. eingeräumten Befugnis den Arzt durch ein Organ des Polizei- und Sicherheitsdienstes befragen zu lassen; zur Vernehmung des Arztes durch den ersuchten Amtsrichter wird meistens bei der Einfachheit der gewünschten Auskunft ein genügender Anlaß nicht bestehen. Es wird deshalb gewöhnlich der Staatsanwalt den Arzt um schriftliche Auskunft ersuchen.

Die auf solche Weise zu den Akten gebrachte Mitteilung des Arztes hat eine besondere Bedeutung in Fällen, in welchen Körperverletzungen den Gegenstand des Ermittlungsverfahrens bilden, die nicht zu den schweren im Sinne des § 224 StGB. gehören; denn hier kann nach § 255 StPO. das ärztliche Attest in der Hauptverhandlung verlesen werden, dient also nicht allein der Erforschung des Sachverhaltes im Ermittlungsverfahren, sondern bildet auch eine Grundlage für das Urteil. Es versteht sich von selbst, daß ein Attest dieser Art, welches die Vorladung des Arztes in die Hauptverhandlung entbehrlich machen soll, eine erschöpfende Behandlung der für die Entscheidung bedeutungsvollen, vom Arzte zu beantwortenden Fragen enthalten muß. Aufgabe des Staatsanwalts wird es sein, für die Beischaffung derartiger Atteste Sorge zu tragen, also nötigenfalls auch eine vom Arzt erteilte Auskunft zur Ergänzung zurückzugeben.

Es gehört an sich zur Geschäftsaufgabe der Amtsärzte, in anhängigen Strafsachen auf Ersuchen der Staatsanwaltschaft den benötigten Aufschluß des sachverständigen Arztes zu erteilen, und erforderlichenfalls zur Ermöglichung dessen erst die geeigneten Untersuchungen oder Beobachtungen vorzunehmen. Allein vielfach wird, wenn in der Angelegenheit bereits ein Arzt in Ausübung seiner Privatpraxis tätig geworden ist und nunmehr auf Grund der hierbei gemachten Wahrnehmungen Auskunft erteilen kann, es sich empfehlen, das Attest von diesem Arzte zu erholen. Bei Körper-

verletzungen insbesondere wird der Arzt, welcher den Verletzten behandelt hat, am besten in der Lage sein, über die unmittelbaren und nächsten Folgen der Tat, über die ursprüngliche Beschaffenheit der Verletzung, über den Verlauf des Heilungsprozesses, über die Arbeitsunfähigkeit oder Arbeitsbeschränktheit des Verletzten Auskunft zu geben, er wird vielfach auch Zweifel über die Art der Zufügung der Verletzung und über das zur Tat benützte Werkzeug lösen und infolge seiner Erfahrungen über den Heilungsprozeß auch über die künftigen Folgen der Verletzung sich äußern können.

Wenn so bereits tätig gewordene Aerzte auf Grund der gemachten Erfahrungen Auskunft erteilen, so erstatten sie über Vorkommnisse in ihrer Privatpraxis Berichte oder Gutachten. Natürlich kann dies auch ein Amtsarzt tun, der nebenbei Privatpraxis ausübt.

Eine rechtliche Verpflichtung für die Aerzte zu einer solchen Auskunftserteilung besteht nicht, und zwar auch nicht für die Amtsärzte; die im § 159 StPO. begründete Berechtigung des Staatsanwalts, von öffentlichen Behörden, bzw. deren Beamten Auskunft zu verlangen, bezieht sich nur auf die amtliche Kenntnis dieser Stellen, nicht aber auf das, was die Beamten in ihrer Eigenschaft als Privatpersonen erfahren haben. Wenn ein Arzt die Auskunft verweigert, diese aber zur Klärung des Sachverhaltes erforderlich erscheint, so bleibt nur die richterliche Vernehmung des Arztes übrig; einer zu diesem Behufe an ihn ergangenen Ladung muß der Arzt Folge leisten (§§ 50, 69, 75 StPO.).

Für die Erteilung einer schriftlichen Auskunft kann der Arzt eine Vergütung beanspruchen. Diese bemißt sich, da die Erstattung des Berichtes oder Gutachtens an die Staatsanwaltschaft sich als eine ärztliche Dienstleistung bei einer Behörde darstellt, nach der KAV. vom 17. November 1902, Gebühren für ärztliche Dienstleistungen bei Behörden betr. (G. u. V.Bl. 1902, S. 715 ff.).

Die Anwendung dieser Vorschrift in der Praxis ist gerade bezüglich der hier einschlägigen Bestimmungen nicht ohne Meinungsverschiedenheiten geblieben. Mehrfach schon haben Aerzte, nicht einverstanden mit der ihnen in Aussicht gestellten Vergütung, die Erteilung einer schriftlichen Auskunft verweigert. Die Fassung der Vorschrift schließt keineswegs jeden Zweifel aus. Es dürfte darum nicht unangebracht erscheinen, die maßgebenden Bestimmungen kurz zu erörtern.

Die Verordnung sieht im § 1 für ärztliche Dienstleistungen bei Behörden eine vierfache Vergütung vor: 1. eine Gebühr für die Verrichtung, 2. eine Entschädigung für Zeitaufwand, 3. die Gewährung von Tagegeldern, 4. einen Ersatz der Reisekosten und der besonderen Auslagen. Die Tagegelder kommen hier nicht weiter in Betracht. Die übrigen Vergütungen werden sowohl bezüglich der Voraussetzungen ihrer Gewährung als auch hinsichtlich ihres Betrages näher geregelt in den §§ 3, 4 und 5; eine Anlage zum § 3, die sich als „Gebührenordnung für amtsärztliche Dienstleistungen" bezeichnet, führt die einzelnen hauptsächlich vorkommenden amtsärztlichen Dienstleistungen auf und setzt die für ihre Verrichtung zu gewährenden Gebühren in minimo et maximo fest. Der Abs. 2 des § 3 behandelt die Entschädigung für den Zeitaufwand, welcher durch die Verrichtung einer Dienstleistung außerhalb der Wohnung des Arztes veranlaßt ist, und in Verbindung mit § 4 den Ersatz der Reisekosten, der § 5 den Ersatz der besonderen Auslagen für Chemikalien, Instrumente usw. Die §§ 2 bis 7 betreffen nur die Amtsärzte, d. i. im Sinne der Verordnung die Landgerichtsärzte und die Bezirksärzte. Sie sind jedoch teilweise auch auf andere Aerzte für anwendbar erklärt durch den § 8 Abs. 1, welcher bestimmt: „Andere Aerzte, beamtete oder nicht beamtete, welche zu einer Dienstleistung berufen werden, erhalten hiefür, gleichviel von wem die Kosten zu tragen sind, die in den §§ 3, 4, 5 bezeichneten Vergütungen."

Unter Bezugnahme auf diese Bestimmung nun regelt die Verordnung die hier zu erörternden Vergütungen, indem sie im § 9 sagt: „Die Vorschriften im § 8 Abs. 1 finden auch dann Anwendung, wenn Amtsärzte oder andere Aerzte auf Veranlassung einer Behörde über Vorkommnisse in ihrer Privatpraxis Berichte oder Gutachten erstatten."

Ist diese Verweisung schon in formeller Hinsicht nicht in Ordnung, insoferne sie von „Vorschriften des § 8 Abs. 1" spricht, während dieser doch nur eine einzige Vorschrift enthält, so muß sie auch materiell als nichts weniger als glücklich bezeichnet werden. Der § 8 schließt sich natürlich und ungezwungen an die vorausgehenden Vorschriften an, indem er, abgesehen von der Person der Dienstleistenden, dieselben Dienstleistungen wie diese behandelt; eine Verweisung ist daher hier ganz am Platze. Dagegen hat der § 9 mit dem § 8 hinsichtlich der Art der Dienstleistungen gar keine Berührungspunkte; es bestand deshalb auch kein Grund, auf diesen Bezug zu nehmen und damit auf eine Verweisung zu verweisen. Der Sinn der Verordnung bezüglich der hier erörterten Vergütungen wird hiedurch nicht klar ausgedrückt, und was der § 9 infolge der Verweisung sagt, kann nicht der wahre Sinn der Verordnung sein.

Der § 9 bestimmt in Verbindung mit § 8 Abs. 1 folgendes: „Amtsärzte oder andere Aerzte erhalten, wenn sie auf Veranlassung einer Behörde über Vorkommnisse in ihrer Privatpraxis Berichte oder Gutachten erstatten, hiefür, gleichviel von wem die Kosten zu tragen sind, die in den §§ 3, 4, 5 bezeichneten Vergütungen."

In erster Linie wird durch den Hinweis auf § 3 eine Gebühr für die Verrichtung in Aussicht gestellt. Auf diese ist zunächst einzugehen.

Wenn Amtsärzte auf Ersuchen einer Behörde eine amtsärztliche Dienstleistung vornehmen, für

welche die Kosten nicht vom Staate, einer Gemeinde oder einer Wohltätigkeitsstiftung zu tragen sind (§ 3), oder wenn andere Aerzte zu einer derartigen, von wem immer zu entlohnenden Dienstleistung berufen werden, so macht die Festsetzung der hiefür zu gewährenden Verrichtungsgebühr keine Schwierigkeiten. Es muß nur genau geprüft werden, welche Dienstleistung von dem Arzte verlangt und von ihm auf Grund dieses Verlangens verrichtet wurde. Sie wird unter eine Ziffer der zum § 3 erlassenen Gebührenordnung oder, soferne diese eine zutreffende Bestimmung nicht enthält, unter eine Ziffer der gemäß § 3 eventuell anwendbaren, mit der K. Verordnung vom 17. Oktober 1901, ärztliche Gebühren betr. (G. u. VBl. S. 629) erlassenen Gebührenordnung fallen und ist nach dem zu dieser Ziffer angegebenen Gebührensatz zu vergüten. Nicht so einfach gestaltet sich die Bestimmung der Verrichtungsgebühr für die von den Aerzten auf Veranlassung der Staatsanwaltschaft erstatteten Berichte oder Gutachten über Vorkommnisse in ihrer Privatpraxis. Es findet sich die sehr naheliegende Anschauung vertreten, daß auch hier die bezeichnete Berechnungsart anzuwenden sei. Allein man gelangt damit zu einem unannehmbaren Ergebnis. Das von der Staatsanwaltschaft gestellte Ersuchen ist auf die Erstattung eines Berichtes oder Gutachtens gerichtet; nicht verlangt wird eine jetzt erst vorzunehmende Beobachtung oder Untersuchung mit einem Berichte über deren Ergebnis, sondern nur die Mitteilung der bei einer früher in der Privatpraxis vorgenommenen Beobachtung oder Untersuchung gemachten Wahrnehmungen. Die Dienstleistung also, die hier verlangt und vom Arzte auf Veranlassung der Behörde vorgenommen wird, besteht einzig und allein in der Erstattung des Berichtes oder Gutachtens. Sollte nun diese für die Festsetzung der Verrichtungsgebühr wie bei §§ 3 und 8 maßgebend sein, so kämen nur die Gebührensätze derjenigen Ziffern der Gebührenordnung zur Anwendung, welche lediglich die Erstattung eines Berichtes oder Gutachtens behandeln. Das wären, abgesehen von den hier nicht in Betracht kommenden Ziffern 11 und 13, nur die Ziffern 8 und 10; bei allen anderen Ziffern wird neben der Erstattung des Berichtes oder Gutachtens die ihr zur Grundlage dienende Untersuchung oder Beobachtung mitvergütet. Gerade mit den in den Ziffern 8 und 10 erwähnten Auskunftserteilungen aber wäre dem Staatsanwalte am wenigsten gedient. Ein wissenschaftlich begründetes Gutachten über Personen oder Sachen (Ziff. 8) braucht er fast nie und eine schriftliche Auskunft ohne nähere gutachtliche Ausführung (Ziff. 10) wird ihm meistens nicht genügen, besonders dann nicht, wenn es gilt, nicht bloß über unbedeutende Körperverletzungen, sondern über das Ergebnis eingehender Untersuchungen, der Vornahme einer Leichenöffnung u. a. unterrichtet zu werden. Für derartige in der Regel benötigte Befundberichte oder Gutachten würde also die Gebührenordnung einen Gebührensatz nicht enthalten und es würde somit die Verordnung, die doch nach Inhalt des § 9 grundsätzlich auch die Frage dieser Vergütungen regeln und nur ausnahmsweise auf die der Verordnung vom 17. Oktober 1901 beigegebene Gebührenordnung zurückgegriffen sehen will, die bedenklichsten Lücken aufweisen.

Die Unrichtigkeit der erwähnten Anschauung ergibt sich übrigens schon aus dem bloßen Vorhandensein der Vorschrift des § 9. Die Erstattung eines Berichtes oder Gutachtens über ein Vorkommnis in der Privatpraxis ist eine ärztliche Dienstleistung; sollte lediglich für diese als solche eine Vergütung normiert werden, so wäre, da bereits der § 8 die Vergütung der auf Veranlassung von Behörden durch Nichtamtsärzte vorgenommenen Dienstleistungen regelt, die Bestimmung des § 9 wenigstens insoweit rein überflüssig, als sie sich auf andere als Amtsärzte bezieht, und insoweit sie sich auf Amtsärzte bezieht, würde sie diesen einen Anspruch auf eine Verrichtungsgebühr für Dienstleistungen in Fällen gewähren, in welchen ein solcher Anspruch nach § 2 Abs. 1 ausgeschlossen ist.

Es muß also unbedingt der Sinn des § 9 ein anderer sein, und zwar folgender: Amtsärzte und andere Aerzte erhalten auch dann, wenn sie nicht die in der Gebührenordnung aufgeführten, ihren Berichten oder Gutachten als Grundlage dienenden Untersuchungen oder Beobachtungen auf Ersuchen einer Behörde vornehmen, sondern nur unter Benützung der in ihrer Privatpraxis bereits gemachten Wahrnehmungen und Erfahrungen Berichte oder Gutachten erstatten, hiefür die gleichen Verrichtungsgebühren, wie sie sonst von der Gebührenordnung für Dienstleistungen angesetzt sind, die aus Untersuchungen oder Beobachtungen und dem Berichte hierüber bestehen.

Die Gebührensätze der Gebührenordnung sind in den einzelnen Ziffern voneinander verschieden; sie sind dem Durchschnittsmaße der jeweils zur Erledigung der verlangten Dienstleistung aufzuwendenden Mühewaltung angepaßt. Die von den Aerzten über Vorkommnisse in ihrer Privatpraxis erstatteten Berichte oder Gutachten können zwar, abgesehen von der möglichen Verschiedenheit ihres Inhaltes und Umfanges, besonders hinsichtlich des behandelten Vorkommnisses voneinander abweichen, allein die mit der Erstattung des Berichtes oder Gutachtens aufgewendete Mühewaltung wird doch im wesentlichen die gleiche sein, ob nun über ein einfacheres oder über ein verwickelteres Vorkommnis berichtet wird. Es kann also hier bei Anwendung der Gebührenordnung nicht diese Mühewaltung entscheiden, sondern es muß das Vorkommnis, über welches berichtet wird, die vorausgegangene, in der Privatpraxis vorgenommene und nunmehr dem Berichte oder Gutachten zur Grundlage dienende Tätigkeit des Arztes dafür maßgeben, welche Ziffer der Gebührenordnung anzuwenden ist. Es ist nur

verletzungen insbesondere wird der Arzt, welcher den Verletzten behandelt hat, am besten in der Lage sein, über die unmittelbaren und nächsten Folgen der Tat, über die ursprüngliche Beschaffenheit der Verletzung, über den Verlauf des Heilungsprozesses, über die Arbeitsunfähigkeit oder Arbeitsbeschränktheit des Verletzten Auskunft zu geben, er wird vielfach auch Zweifel über die Art der Zufügung der Verletzung und über das zur Tat benützte Werkzeug lösen und infolge seiner Erfahrungen über den Heilungsprozeß auch über die künftigen Folgen der Verletzung sich äußern können.

Wenn so bereits tätig gewordene Aerzte auf Grund der gemachten Erfahrungen Auskunft erteilen, so erstatten sie über Vorkommnisse in ihrer Privatpraxis Berichte oder Gutachten. Natürlich kann dies auch ein Amtsarzt tun, der nebenbei Privatpraxis ausübt.

Eine rechtliche Verpflichtung für die Aerzte zu einer solchen Auskunftserteilung besteht nicht, und zwar auch nicht für die Amtsärzte; die im § 159 StPO. begründete Berechtigung des Staatsanwalts, von öffentlichen Behörden, bzw. deren Beamten Auskunft zu verlangen, bezieht sich nur auf die amtliche Kenntnis dieser Stellen, nicht aber auf das, was die Beamten in ihrer Eigenschaft als Privatpersonen erfahren haben. Wenn ein Arzt die Auskunft verweigert, diese aber zur Klärung des Sachverhaltes erforderlich erscheint, so bleibt nur die richterliche Vernehmung des Arztes übrig; einer zu diesem Behufe an ihn ergangenen Ladung muß der Arzt Folge leisten (§§ 50, 69, 75 StPO.).

Für die Erteilung einer schriftlichen Auskunft kann der Arzt eine Vergütung beanspruchen. Diese bemißt sich, da die Erstattung des Berichtes oder Gutachtens an die Staatsanwaltschaft sich als eine ärztliche Dienstleistung bei einer Behörde darstellt, nach der KAV. vom 17. November 1902, Gebühren für ärztliche Dienstleistungen bei Behörden betr. (G. u. V.Bl. 1902, S. 715 ff.).

Die Anwendung dieser Vorschrift in der Praxis ist gerade bezüglich der hier einschlägigen Bestimmungen nicht ohne Meinungsverschiedenheiten geblieben. Mehrfach schon haben Aerzte, nicht einverstanden mit der ihnen in Aussicht gestellten Vergütung, die Erteilung einer schriftlichen Auskunft verweigert. Die Fassung der Vorschrift schließt keineswegs jeden Zweifel aus. Es dürfte darum nicht unangebracht erscheinen, die maßgebenden Bestimmungen kurz zu erörtern.

Die Verordnung sieht im § 1 für ärztliche Dienstleistungen bei Behörden eine vierfache Vergütung vor: 1. eine Gebühr für die Verrichtung, 2. eine Entschädigung für Zeitaufwand, 3. die Gewährung von Tagegeldern, 4. einen Ersatz der Reisekosten und der besonderen Auslagen. Die Tagegelder kommen hier nicht weiter in Betracht. Die übrigen Vergütungen werden sowohl bezüglich der Voraussetzungen ihrer Gewährung als auch hinsichtlich ihres Betrages näher geregelt in den §§ 3, 4 und 5; eine Anlage zum § 3, die sich als „Gebührenordnung für amtsärztliche Dienstleistungen" bezeichnet, führt die einzelnen hauptsächlich vorkommenden amtsärztlichen Dienstleistungen auf und setzt die für ihre Verrichtung zu gewährenden Gebühren in minimo et maximo fest. Der Abs. 2 des § 3 behandelt die Entschädigung für den Zeitaufwand, welcher durch die Verrichtung einer Dienstleistung außerhalb der Wohnung des Arztes veranlaßt ist, und in Verbindung mit § 4 den Ersatz der Reisekosten, der § 5 den Ersatz der besonderen Auslagen für Chemikalien, Instrumente usw. Die §§ 2 bis 7 betreffen nur die Amtsärzte, d. i. im Sinne der Verordnung die Landgerichtsärzte und die Bezirksärzte. Sie sind jedoch teilweise auch auf andere Aerzte für anwendbar erklärt durch den § 8 Abs. 1, welcher bestimmt: „Andere Aerzte, beamtete oder nicht beamtete, welche zu einer Dienstleistung berufen werden, erhalten hiefür, gleichviel von wem die Kosten zu tragen sind, die in den §§ 3, 4, 5 bezeichneten Vergütungen."

Unter Bezugnahme auf diese Bestimmung nun regelt die Verordnung die hier zu erörternden Vergütungen, indem sie im § 9 sagt: „Die Vorschriften im § 8 Abs. 1 finden auch dann Anwendung, wenn Amtsärzte oder andere Aerzte auf Veranlassung einer Behörde über Vorkommnisse in ihrer Privatpraxis Berichte oder Gutachten erstatten."

Ist diese Verweisung schon in formeller Hinsicht nicht in Ordnung, insoferne sie von „Vorschriften des § 8 Abs. 1" spricht, während dieser doch nur eine einzige Vorschrift enthält, so muß sie auch materiell als nichts weniger als glücklich bezeichnet werden. Der § 8 schließt sich natürlich und ungezwungen an die vorausgehenden Vorschriften an, indem er, abgesehen von der Person der Dienstleistenden, dieselben Dienstleistungen wie diese behandelt; eine Verweisung ist daher hier ganz am Platze. Dagegen hat der § 9 mit dem § 8 hinsichtlich der Art der Dienstleistungen gar keine Berührungspunkte; es bestand deshalb auch kein Grund, auf diesen Bezug zu nehmen und damit auf eine Verweisung zu verweisen. Der Sinn der Verordnung bezüglich der hier erörterten Vergütungen wird hiedurch nicht klar ausgedrückt, und was der § 9 infolge der Verweisung sagt, kann nicht der wahre Sinn der Verordnung sein.

Der § 9 bestimmt in Verbindung mit § 8 Abs. 1 folgendes: „Amtsärzte oder andere Aerzte erhalten, wenn sie auf Veranlassung einer Behörde über Vorkommnisse in ihrer Privatpraxis Berichte oder Gutachten erstatten, hiefür, gleichviel von wem die Kosten zu tragen sind, die in den §§ 3, 4, 5 bezeichneten Vergütungen."

In erster Linie wird durch den Hinweis auf § 3 eine Gebühr für die Verrichtung in Aussicht gestellt. Auf diese ist zunächst einzugehen.

Wenn Amtsärzte auf Ersuchen einer Behörde eine amtsärztliche Dienstleistung vornehmen, für

welche die Kosten nicht vom Staate, einer Gemeinde oder einer Wohltätigkeitsstiftung zu tragen sind (§ 3), oder wenn andere Aerzte zu einer derartigen, von wem immer zu entlohnenden Dienstleistung berufen werden, so macht die Festsetzung der hiefür zu gewährenden Verrichtungsgebühr keine Schwierigkeiten. Es muß nur genau geprüft werden, welche Dienstleistung von dem Arzte verlangt und von ihm auf Grund dieses Verlangens verrichtet wurde. Sie wird unter eine Ziffer der zum § 3 erlassenen Gebührenordnung oder, soferne diese eine zutreffende Bestimmung nicht enthält, unter eine Ziffer der gemäß § 3 eventuell anwendbaren, mit der K. Verordnung vom 17. Oktober 1901, ärztliche Gebühren betr. (G. u. VBl. S. 629) erlassenen Gebührenordnung fallen und ist nach dem zu dieser Ziffer angegebenen Gebührensatz zu vergüten. Nicht so einfach gestaltet sich die Bestimmung der Verrichtungsgebühr für die von den Aerzten auf Veranlassung der Staatsanwaltschaft erstatteten Berichte oder Gutachten über Vorkommnisse in ihrer Privatpraxis. Es findet sich die sehr naheliegende Anschauung vertreten, daß auch hier die bezeichnete Berechnungsart anzuwenden sei. Allein man gelangt damit zu einem unannehmbaren Ergebnis. Das von der Staatsanwaltschaft gestellte Ersuchen ist auf die Erstattung eines Berichtes oder Gutachtens gerichtet; nicht verlangt wird eine jetzt erst vorzunehmende Beobachtung oder Untersuchung mit einem Berichte über deren Ergebnis, sondern nur die Mitteilung der bei einer früher in der Privatpraxis vorgenommenen Beobachtung oder Untersuchung gemachten Wahrnehmungen. Die Dienstleistung also, die hier verlangt und vom Arzte auf Veranlassung der Behörde vorgenommen wird, besteht einzig und allein in der Erstattung des Berichtes oder Gutachtens. Sollte nun diese für die Festsetzung der Verrichtungsgebühr wie bei §§ 3 und 8 maßgebend sein, so kämen nur die Gebührensätze derjenigen Ziffern der Gebührenordnung zur Anwendung, welche lediglich die Erstattung eines Berichtes oder Gutachtens behandeln. Das wären, abgesehen von den hier nicht in Betracht kommenden Ziffern 11 und 13, nur die Ziffern 8 und 10; bei allen anderen Ziffern wird neben der Erstattung des Berichtes oder Gutachtens die ihr zur Grundlage dienende Untersuchung oder Beobachtung mitvergütet. Gerade mit den in den Ziffern 8 und 10 erwähnten Auskunftserteilungen aber wäre dem Staatsanwalte am wenigsten gedient. Ein wissenschaftlich begründetes Gutachten über Personen oder Sachen (Ziff. 8) braucht er fast nie und eine schriftliche Auskunft ohne nähere gutachtliche Ausführung (Ziff. 10) wird ihm meistens nicht genügen, besonders dann nicht, wenn es gilt, nicht bloß über unbedeutende Körperverletzungen, sondern über das Ergebnis eingehender Untersuchungen, der Vornahme einer Leichenöffnung u. a. unterrichtet zu werden. Für derartige in der Regel benötigte Befundberichte oder Gutachten würde also die Gebührenordnung einen Gebührensatz nicht enthalten und es würde somit die Verordnung, die doch nach Inhalt des § 9 grundsätzlich auch die Frage dieser Vergütungen regeln und nur ausnahmsweise auf die der Verordnung vom 17. Oktober 1901 beigegebene Gebührenordnung zurückgegriffen sehen will, die bedenklichsten Lücken aufweisen.

Die Unrichtigkeit der erwähnten Anschauung ergibt sich übrigens schon aus dem bloßen Vorhandensein der Vorschrift des § 9. Die Erstattung eines Berichtes oder Gutachtens über ein Vorkommnis in der Privatpraxis ist eine ärztliche Dienstleistung; sollte lediglich für diese als solche eine Vergütung normiert werden, so wäre, da bereits der § 8 die Vergütung der auf Veranlassung von Behörden durch Nichtamtsärzte vorgenommenen Dienstleistungen regelt, die Bestimmung des § 9 wenigstens insoweit rein überflüssig, als sie sich auf andere als Amtsärzte bezieht, und insoweit sie sich auf Amtsärzte bezieht, würde sie diesen einen Anspruch auf eine Verrichtungsgebühr für Dienstleistungen in Fällen gewähren, in welchen ein solcher Anspruch nach § 2 Abs. 1 ausgeschlossen ist.

Es muß also unbedingt der Sinn des § 9 ein anderer sein, und zwar folgender: Amtsärzte und andere Aerzte erhalten auch dann, wenn sie nicht die in der Gebührenordnung aufgeführten, ihren Berichten oder Gutachten als Grundlage dienenden Untersuchungen oder Beobachtungen auf Ersuchen einer Behörde vornehmen, sondern nur unter Benützung der in ihrer Privatpraxis bereits gemachten Wahrnehmungen und Erfahrungen Berichte oder Gutachten erstatten, hiefür die gleichen Verrichtungsgebühren, wie sie sonst von der Gebührenordnung für Dienstleistungen angesetzt sind, die aus Untersuchungen oder Beobachtungen und dem Berichte hierüber bestehen.

Die Gebührensätze der Gebührenordnung sind in den einzelnen Ziffern voneinander verschieden; sie sind dem Durchschnittsmaße der jeweils zur Erledigung der verlangten Dienstleistung aufzuwendenden Mühewaltung angepaßt. Die von den Aerzten über Vorkommnisse in ihrer Privatpraxis erstatteten Berichte oder Gutachten können zwar, abgesehen von der möglichen Verschiedenheit ihres Inhaltes und Umfanges, besonders hinsichtlich des behandelten Vorkommnisses voneinander abweichen, allein die mit der Erstattung des Berichtes oder Gutachtens aufgewendete Mühewaltung wird doch im wesentlichen die gleiche sein, ob nun über ein einfacheres oder über ein verwickelteres Vorkommnis berichtet wird. Es kann also hier bei Anwendung der Gebührenordnung nicht diese Mühewaltung entscheiden, sondern es muß das Vorkommnis, über welches berichtet wird, die vorausgegangene, in der Privatpraxis vorgenommene und nunmehr dem Berichte oder Gutachten zur Grundlage dienende Tätigkeit des Arztes dafür maßgeben, welche Ziffer der Gebührenordnung anzuwenden ist. Es ist nur

zu bestimmen, unter welche Ziffer der Gebührenordnung diese der Berichterstattung vorausgegangene Tätigkeit fällt, und damit ist die für den Bericht zu gewährende Gebühr festgestellt. Hat z. B. der Arzt in seiner Privatpraxis eine Leichenöffnung vorgenommen und erstattet er nunmehr auf Ersuchen der Staatsanwaltschaft hierüber einen Bericht oder ein Gutachten, so hat er Anspruch auf die in Ziff. 3 der Geb.O. angesetzte Gebühr von 20—50 Mk.; hat er eine Wundbeschau oder sonstige ärztliche Untersuchungen und Beobachtungen vorgenommen und berichtet darüber, so beträgt die Gebühr 5—20, bzw. 10—30 Mk. (Ziff. 7); hat er in seiner Privatpraxis jemanden untersucht und stellt nunmehr auf Ersuchen der Staatsanwaltschaft über dessen Gesundheit oder Krankheit, Diensttauglichkeit, Arbeits- oder Erwerbsfähigkeit ein Zeugnis aus — auch das ist nichts weiter als ein rein tatsächlicher oder ein gutachtlicher Bericht über etwas in der Privatpraxis Vorgekommenes —, so kann er 3—20 Mk. beanspruchen (Ziff. 9); erteilt er über ein Vorkommnis in seiner Privatpraxis schriftliche Auskunft ohne nähere gutachtliche Ausführung, so kommt ihm eine Gebühr von 1—3 Mk. zu (Ziff. 10).

Innerhalb des jeweils gelassenen Spielraumes zwischen einem niedrigsten und einem höchsten Satze wird gemäß § 12 Abs. 1 die Höhe der Vergütung nach den besonderen Umständen des Falles, namentlich nach der Vermögenslage des Zahlungspflichtigen, der Mühewaltung und dem Zeitaufwande bemessen. Haben Kassen des Staates, der Gemeinden oder Wohltätigkeitsstiftungen die Kosten zu tragen, so ist der niedrigste Betrag anzusetzen (§ 12 Abs. 2). Sind die Kosten aus der Staatskasse einstweilen auszulegen, so erhält der Arzt zunächst nur den niedrigsten Betrag und den Mehrbetrag erst dann, wenn dieser Betrag von dem Zahlungspflichtigen erlegt ist (§ 12 Abs. 3).

Damit sind die Vorschriften über die Gebühr für die Verrichtung erledigt. Nun bestimmt aber der § 9 ein weiteres. Nach seinem Wortlaute erhalten die Aerzte nicht nur die im § 3 Abs. 1, sondern auch die im § 3 Abs. 2 und in den §§ 4 und 5 bezeichneten Vergütungen, d. i. Entschädigung für Zeitaufwand und Ersatz der Reisekosten und der besonderen Auslagen.

Zum Zwecke der bloßen Erstattung eines Berichtes oder Gutachtens über ein Vorkommnis in seiner Privatpraxis, also der schriftlichen Auskunft über ein der Vergangenheit angehöriges Ereignis — wohl zu unterscheiden von dem nicht nach § 9, sondern nach § 8 zu beurteilenden Falle, daß der Staatsanwalt um eine erst vorzunehmende ärztliche Untersuchung oder Beobachtung und Bericht oder Gutachten ersucht — hat sich der Arzt niemals von seiner Wohnung zu entfernen, weshalb ein Zeitaufwand im Sinne des § 3 Abs. 2 und Auslagen für Benützung eines Beförderungsmittels nicht in Frage kommen können, auch hat er besondere Auslagen niemals aufzuwenden. Sollten trotzdem diese Vergütungen gewährt werden, so müßte zwecks Festsetzung derselben ebenso wie bei der Berechnung der Verrichtungsgebühr auf die der Erstattung des Berichtes oder Gutachtens vorausgegangene Tätigkeit des Arztes in seiner Privatpraxis zurückgegriffen und dem Arzte der durch die Vornahme derselben verursachte Zeitaufwand entschädigt und die dabei gemachten Auslagen ersetzt werden.

Allein dem stehen erhebliche Bedenken entgegen. In erster Linie hätte hier ein solches Zurückgreifen eine ganz andere Bedeutung als bei der Bestimmung der Verrichtungsgebühr. Dort soll nur für die Erstattung des Berichtes oder Gutachtens, d. i. für eine neben den in der Gebührenordnung aufgezählten Verrichtungen im § 9 besonders geregelte Verrichtung, die Vergütung bestimmt werden und die Bezugnahme auf die vorausgegangenen Akte der Privatpraxis, die in ihrer Verschiedenheit auch einen Unterschied in der Art der Berichte oder Gutachten begründen können, geschieht nur zum Zwecke der Auswahl des angemessenen Gebührensatzes, nicht aber zu dem Behufe, mit der Entlohnung des Berichtes auch die vorausgegangenen Akte zu entlohnen. Hier dagegen handelt es sich um die Vergütung eines wirklich gehabten Aufwandes, und zwar eines Aufwandes, der mit der Erstattung des Berichtes oder Gutachtens gar nichts zu tun hat, sondern lediglich für Zwecke der Privatpraxis gemacht wurde. Es geht nicht an, daß derjenige, welcher die Kosten des von der Staatsanwaltschaft eingeholten Berichtes oder Gutachtens zu tragen hat, dem Arzte einen Aufwand vergüten oder Auslagen ersetzen soll, die mit der Berichterstattung in keinem ursächlichen Zusammenhange stehen und einem dem Zahlungspflichtigen ganz fremden Interesse gedient haben.

Dazu kommt noch eine weitere Erwägung. Der zur Verrichtung der ärztlichen Tätigkeit in der Privatpraxis erforderliche Zeitaufwand und die hiefür gemachten Auslagen werden dem Arzte für die Regel schon nach der Verordnung vom 17. Oktober 1901, ärztliche Gebühren betr., von demjenigen vergütet, welcher seine Tätigkeit veranlaßt hat. Es würde also der § 9 für diese Fälle eine Doppelzahlung an den Arzt vorschreiben. Das aber kann unmöglich von der Verordnung vom 17. November 1902 gewollt sein, und wenn trotzdem der § 9 hiefür keine Ausnahme vorsieht, so zeigt sich dessen Fassung nicht als absolut zuverlässig und es darf die Meinung vertreten werden, daß die Bezugnahme auf den vollen Abs. 1 des § 8 und damit die Anordnung der Anwendbarkeit der §§ 3 Abs. 2, 4 und 5 überhaupt nicht beabsichtigt war.

Erwähnt sei zum Schlusse noch, daß die Festsetzung der hier behandelten Gebühr durch die Staatsanwaltschaft erfolgt, und daß gegen die Festsetzung Beschwerde zum Oberstaatsanwalte zulässig ist (§ 14).

# Der Bauschwindel und seine strafrechtliche Beurteilung.[1])

Von Rechtsanwalt J. **Freiherrn von Liebig** in München.

## I.

Es gibt verschiedene Wege, die eingeschlagen werden, um die Baulieferanten und Bauhandwerker zu schädigen. Es soll zunächst eine ziemlich häufige Art dieses Verfahrens geschildert werden.

Der Eigentümer eines Grundkomplexes hat diesen zu Spekulationszwecken erworben. Er will aber die Gefahr der Bauführung nicht übernehmen, weil ein hinlängliches Bedürfnis für teuere Neubauten in der betreffenden Lage gar nicht vorhanden ist. Er sucht nun seine Bauplätze in folgender Weise zu verwerten. Er veräußert das Grundstück an einen Bauunternehmer zu einem Preise, der den wirklichen Wert des Grundstückes übersteigt. Ob dieser Preis ein zu hoher ist, läßt sich im einzelnen Falle dadurch ermitteln, daß man zu diesem Preise des Grundstückes noch die Kosten der Errichtung eines Hauses hinzuzählt. Diese Summe stellt ein Kapital dar, als dessen Zinsen die künftigen Mietrenten des zu errichtenden Hauses anzusehen sind. Es sind dabei die in diesem Stadtteil üblichen und leicht zu erreichenden Mieten zu berücksichtigen.

Diese Mietzinsen müssen mindestens 5% der genannten Summe betragen; denn der seinerzeitige Hauseigentümer muß aus ihnen die verhältnismäßig hohe Haussteuer bezahlen, ferner Ausbesserungen und Auslagen für Beleuchtung, Straßenreinigung usw. Diese Auslagen betragen häufig 15% bis 20% der Mieteinnahmen. Bei sorgfältiger Instandhaltung des Hauses und bei größeren Reparaturen ist ein noch höherer Teil des Mietzinses für diese Auslagen erforderlich. Ferner ist zu bedenken, daß durch zeitweises Leerstehen der Wohnungen Ausfälle am Mietzins verursacht werden und diese Verluste wieder annähernd ausgeglichen werden sollen.

In den Fällen, von welchen hier die Rede ist, ist der Kaufpreis für den Bauplatz weit höher, als er sich nach der vorstehenden Berechnung ergeben dürfte. Dies stört aber den Bauunternehmer nicht, der die Grundstücke erwirbt, denn er denkt gar nicht daran, den Kaufpreis zu bezahlen. Das Grundstück wird vielmehr auf den Bauunternehmer umgeschrieben und gleichzeitig eine mit 4% oder 4 1/2% verzinsliche Kaufschillingsresthypothek auf dem Grundstück zugunsten des bisherigen Grundeigentümers eingetragen. Diese Hypothek umfaßt manchmal den ganzen Kaufpreis und wird nur deshalb als Kaufschillingsresthypothek bezeichnet, um den Anschein zu erwecken, als ob der Bauunternehmer in der sonst bei Grundkäufen üblichen Weise einen Teil des Kaufschillings wirklich bezahlt hätte. Hierdurch gewinnt das ganze Geschäft einen solideren Anstrich.

In der notariellen Urkunde über den Verkauf wird in solchen Fällen ein etwas höherer Kaufpreis angegeben und unrichtigerweise behauptet, ein Teil sei bezahlt oder durch Verrechnung beglichen, und der tatsächlich von den Parteien in das Auge gefaßte Kaufpreis wird als Kaufschillingsrest bezeichnet. Es soll z. B. angenommen werden, daß diese sogenannte Kaufschillingsresthypothek 45000 Mk. beträgt. Der Bauunternehmer weiß recht wohl, daß er den zu teueren Bauplatz nicht mit Gewinn bebauen und dann veräußern kann. Denn er müßte zu diesem Zwecke das zum Bau erforderliche Geld entlehnen und hierfür auf dem Grundstücke Hypothek bestellen. Das Grundstück würde auf diese Weise zu einem Betrage mit Hypotheken belastet, der es schwer verkäuflich machen würde, weil die meisten Kauflustigen wissen würden, daß der Mietzins nicht hinreicht, um die Hypotheken zu verzinsen, die Reparaturen, Steuern und Auslagen zu bestreiten und noch etwas zu erübrigen.

Der Bauunternehmer wählt folgenden Weg:

Er veräußert das Grundstück an einen vermögenslosen Menschen, etwa an einen Mörtelrührer, um etwa 70000 Mk., also um 25000 Mk. über die bestehende Belastung. Da der Mörtelrührer diesen Betrag so wenig bezahlen kann wie der Bauunternehmer den früheren Grundeigentümer, so wird selbstverständlich auch für die 25000 Mk. eine Kaufschillingsresthypothek eingetragen, diesmal zugunsten des Bauunternehmers und das Grundstück wird gleichzeitig auf den Mörtelrührer umgeschrieben. Gebaut ist bisher noch nichts, dagegen ist das Grundstück, welches vielleicht einen wirklichen Wert von 20000 Mk. hat, mit Hypotheken im Betrage von 70000 Mk. belastet. Die Inhaber dieser Hypotheken, nämlich der frühere Grundeigentümer und der Bauunternehmer, sind die Personen, welchen so der Mehrwert zufallen muß, den das Grundstück durch die Bebauung erhält.

Die Bebauung wird nun in folgender Weise herbeigeführt: Der Bauunternehmer läßt sich von dem Mörtelrührer Generalvollmacht geben, und handelt als Bevollmächtigter dieses „Bauherrn". Er gewinnt so zunächst jemanden, der das zum Bau nötigste Geld vorstreckt, den sogenannten Baukapitalisten. Dieser verpflichtet sich, etwa 70000 M. vorzuschießen. Zu seiner Sicherung wird eine weitere Hypothek von 70000 Mk. eingetragen. Der Bauunternehmer als Bevollmächtigter des Mörtelrührers schließt auch die Verträge mit den Lieferanten und Handwerkern. Zu deren Bezahlung erhält er das Geld von dem Baukapitalisten in einzelnen Beträgen, zieht von dem Geld für sich eine größere oder geringere „Provision" ab und zahlt nur den Rest an die Lieferanten.

[1]) Der Aufsatz beruht auf einem Gutachten, das der Verfasser der Kommission zur Bekämpfung des Bauschwindels erstattet hat.

Wenn das vom Baukapitalisten gegebene Geld verbraucht ist, ist der Bau in der Regel noch nicht fertig und auch die Lieferanten und Handwerker haben nur zum Teil volle Befriedigung erhalten. Es kommt infolgedessen zur Zwangsversteigerung des Baugrundstückes mit dem noch nicht völlig vollendeten Neubau. In der Regel veranlaßt diese der Grundstücksspekulant (der frühere Grundeigentümer), weil Zinsen aus seiner Kaufschillingsresthypothek rückständig geblieben seien. Bei dieser Versteigerung müssen die auf dem Grundstück eingetragenen Hypotheken berücksichtigt werden. Es sind als Hypothekgläubiger eingetragen:

An 1. Stelle der frühere Grundeigentümer zu 45 000 Mk.;
an 2. Stelle der Bauunternehmer zu 25 000 Mk.;
an 3. Stelle der Baukapitalist zu 70 000 Mk.

Die Summe dieser Hypotheken übersteigt bei weitem den Wert des noch nicht vollendeten Neubaues. Es wird also kein Dritter die Forderungen der drei Hypothekgläubiger überbieten können, um das Grundstück für sich zu ersteigern. Es wird vielmehr entweder von dem Grundeigentümer oder dem Bauunternehmer, oder von dem Baukapitalisten eingesteigert werden. In allen drei Fällen kommt von dem Erlöse nichts den Lieferanten zu, auch wenn diese im Nachgang zu den vorgenannten Hypotheken für ihre Forderungen Hypotheken haben vormerken lassen.

Es wäre auch nutzlos, wenn die Lieferanten den Bauherrn „Mörtelrührer" aus den Verträgen, die der Bauunternehmer als Bevollmächtigter des Mörtelrührers mit ihnen geschlossen hat, persönlich in Anspruch nehmen würden, denn der Mörtelrührer hat kein pfändbares Vermögen. Auch an den Bauunternehmer, der unter der Maske des Mörtelrührers die ganze Sache gemacht hat, können sie sich nicht halten, denn dieser hat ja nicht im eigenen Namen mit ihnen Verträge geschlossen, sondern nur als Vertreter des Mörtelrührers. Die Lage des Bauunternehmers kann sich nun verschieden gestalten. Es sollen die wichtigsten Möglichkeiten hervorgehoben werden:

A. Der frühere Grundeigentümer steigert das Grundstück zu einem Angebot ein, das seine Hypothek nicht überschreitet. In diesem Falle hätte der Bauunternehmer Schaden, weil seine Hypothek durch den Strichschilling nicht gedeckt wird. Dieser Fall wird aber nicht leicht vorkommen, weil der Bauunternehmer in der Regel ein solch niederes Gebot überbieten wird.

B. Der Bauunternehmer steigert selbst das Grundstück zu einem Angebot ein, das die Summe der Hypotheken des früheren Grundeigentümers und des Bauunternehmers nicht übersteigt. In diesem Falle ist der Bauunternehmer wieder Eigentümer des Grundstückes, welches lediglich mit der Hypothek des früheren Grundeigentümers belastet bleibt. Der Bauunternehmer hat sich in diesem Falle den ganzen Mehrwert, den das Grundstück durch die Bebauung erhalten hat, auf Kosten der Lieferanten und des Baukapitalisten verschafft.

C. Der Baukapitalist steigert, um nicht sein Geld nutzlos zu verlieren, das Grundstück für einen Betrag ein, der die Hypothek des früheren Grundeigentümers und des Bauunternehmers überschreitet. In diesem Falle bleibt die Hypothek des Bauunternehmers bestehen. Der ursprüngliche Grundeigentümer und der Bauunternehmer wissen sich beide bei diesem Verfahren auf Kosten Dritter Werte zu sichern, die den wirklichen Wert des unbebauten Grundstückes weit übersteigen und erst durch die Arbeit und die Geldleistungen Dritter geschaffen werden. Die Absicht, dies zu tun, ergibt sich aus der ganzen unreellen Art des Geschäftsbetriebes.

Das Verfahren des Bauunternehmers, der die erwähnten Operationen vornimmt, zeigt zunächst, daß er durch Vorschieben eines Strohmannes sich Vorteile zu sichern sucht, welche er bei solidem Geschäftsbetriebe nicht haben würde. Er sichert sich wirtschaftlich die Stellung des Eigentümers, aber nur, soweit es ihm vorteilhaft ist. Er vermeidet die persönliche Haftung für die Verträge mit den Baulieferanten und Handwerkern und mit dem Baukapitalisten. Er bringt sich ferner in die Stellung eines Hypothekgläubigers und versteht es, sich so den Mehrwert des Grundstückes zu verschaffen, den diese Personen durch ihre Arbeitsleistung und ihr Geld schaffen; er nimmt ihnen hiedurch die Möglichkeit, Befriedigung aus dem Grundstücke zu erlangen. Die Operationen des Bauunternehmers zeigen auch, daß er von Anfang an die Absicht hatte, eine Zwangsversteigerung herbeizuführen. Käme es nicht zu dieser, so wäre der Neubau unverkäuflich, weil das Grundstück von vornherein mit zwei Hypotheken belastet wurde (nämlich für den früheren Grundeigentümer und den Bauunternehmer), die den Wert des Grund und Bodens um das Zweifache, das Dreifache oder noch mehr übersteigen. Zu diesen beiden Hypotheken kommt noch die Hypothek für den Baukapitalisten und diese drei Hypotheken zusammen ergeben einen Wert, der den Wert des fertigen Anwesens überschreitet. Dies läßt sich dadurch nachweisen, daß man die nach Bauart und Lage des Hauses erzielbaren Mietrenten mit den Hypothekzinsen vergleicht, welche der künftige Erwerber des Anwesens zu leisten haben würde.

Die Operationen des Bauunternehmers werden meist in Fällen gemacht, in welchen es von vornherein wahrscheinlich ist, daß die Mittel zur Bezahlung der Lieferanten und zur Rückzahlung des Baukapitals nicht ganz beschafft werden können, weil ein Bedürfnis nach Neubauten in der betreffenden Gegend nicht oder nur in geringem Maße besteht und weil die Banken in der Belehnung derartiger Häuser vorsichtig geworden sind.

Wenn es zur Zwangsversteigerung kommt, und der Bauunternehmer seine Rechte als

Hypothekgläubiger hierbei ausübt, so muß angenommen werden, daß er diesen Verlauf der Dinge entweder gewollt oder ihn als möglich vorausgesehen hat, und für den Fall des Eintrittes der Zwangsversteigerung die hiedurch geschaffene Schädigung der Lieferanten, der Handwerker und des Baukapitalisten beabsichtigt hat. Diese Absicht wird im einzelnen Falle leicht zu erweisen sein, weil nicht selten Bauunternehmern dieser Art eine Reihe solcher Fälle zur Last liegt.

Es fragt sich, ob Bestimmungen des Strafgesetzes vorhanden sind, die in solchen Fällen gegen den Bauunternehmer angewendet werden können. Im gewöhnlichen Sprachgebrauch werden solche Manipulationen als Schwindel (Bauschwindel), also als betrügerisch bezeichnet. Kann eine solche Handlungsweise aber auch im Sinne des Strafgesetzes als Betrug aufgefaßt werden?

§ 263 StGB. bezeichnet als Betrug eine Vermögensbeschädigung, herbeigeführt durch Vorspiegelung falscher oder Unterdrückung wahrer Tatsachen. Es wird weiter verlangt, daß der Betrüger von der Absicht ausgeht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Gesetzt, es läßt sich im einzelnen Falle die Scheinnatur der Eigentumsübertragung an den Mörtelrührer nachweisen (z. B. dadurch, daß dieser für die von ihm übernommene Rolle als Eigentümer eine besondere Belohnung erhalten hat, etwa eine wöchentliche Zahlung für die Dauer seines angeblichen Eigentums), dann ist der Vermögensvorteil, welchen sich der Bauunternehmer durch seine Stellung als Hypothekgläubiger verschafft, zweifellos rechtswidrig. Auch kann unter Umständen der Vorteil als rechtswidrig bezeichnet werden, den sich der Bauunternehmer dadurch sichert, daß er unter Vorschiebung einer vermögenslosen dritten Person die Verträge mit den Lieferanten und Handwerkern schließt und so der persönlichen Haftung aus ihnen entgeht, während er gleichzeitig den durch die Arbeiten und Lieferungen geschaffenen Vermögenswert sich zuzueignen sucht.

Als Vorspiegelung falscher Tatsachen und als Unterdrückung wahrer Tatsachen erscheint es ferner, wenn der Bauunternehmer den Mörtelrührer nach außen als freien und selbständigen Eigentümer erscheinen läßt, also als eine zur freien Verfügung nach eigenem Ermessen berechtigte Person, während in Wirklichkeit der Mörtelrührer nur das Werkzeug des Bauunternehmers ist und nur die Rolle des Eigentümers auf sich nimmt, um den Bauunternehmer in der Durchführung seines Vorgehens zu unterstützen.

Verlangt ist ferner zum Tatbestand des Betruges, daß das Vermögen eines anderen (hier der Baulieferanten und Bauhandwerker und des Baukapitalisten) geschädigt wird. Nun ist es zwar zweifellos, daß die Lieferanten dadurch geschädigt werden, daß ihnen der Wert des Baugrundstückes und des mit ihrer Arbeit hergestellten Baues als Befriedigungsmittel entzogen wird. Bei dem sonst üblichen Verlaufe der Dinge können sie für ihre Forderungen Hypotheken auf dem Baugrundstück vormerken lassen und bei der Zwangsversteigerung mit ihnen zum Zuge kommen. Bei der durch den Bauunternehmer bewirkten Ueberlastung des Grundstückes ist jedoch die Möglichkeit ausgeschlossen, daß die Handwerker aus dem Grundstück und dem Neubau im Wege der Zwangsvollstreckung etwas erhalten. Die Frage ist aber, ob diese Schädigung der Bauhandwerker und Lieferanten Vermögensbeschädigung im Sinne des § 263 StGB. ist. Denn es findet kein direkter Eingriff in das Vermögen der Handwerker und Lieferanten statt. Allerdings hat das Vorgehen des Bauunternehmers zur Folge, daß deren Forderungen auf Bezahlung ihrer Leistungen wertlos werden, weil das einzige Vermögensstück, aus welchem sie sich hätten Befriedigung verschaffen können, ihnen entzogen ist. Insofern kann man von einer Vermögensbeschädigung sprechen. (Entsch. d. RG. in Strafsachen Bd. 16 S. 3).

Eine Vermögensbeschädigung liegt demnach darin, daß die Lieferanten und Bauhandwerker veranlaßt werden, Verpflichtungen zu übernehmen, während ihr Recht auf die Gegenleistung sich nachträglich oder teilweise als wertlos herausstellt.

Der ganzen bisherigen Betrachtung könnte jedoch folgendes entgegengehalten werden: Die Eigentumsübertragung an den Strohmann und die Eintragung der Hypothek für den Bauunternehmer findet in der Regel statt, bevor der Bauunternehmer als Bevollmächtigter des Strohmannes Verträge schließt. Die Lieferanten müssen also durch Einsicht des Hypothekenbuches die unnatürlich hohe Belastung des Grundstückes erkennen, und wenn sie trotz dieser Ueberlastung sich auf Lieferungsverträge einlassen, so arbeiten sie auf ihre eigene Gefahr. Sie haben es deshalb sich selbst zuzuschreiben, wenn sie bei der Zwangsversteigerung nichts erhalten.

Diesem Einwand ist jedoch zunächst entgegenzuhalten, daß die Einsicht des Hypothekenbuches, bevor die Verträge geschlossen sind, mit Schwierigkeiten verknüpft ist und häufig verweigert wird. Die Lieferanten werden in der Regel den Versuch nicht unternehmen, die Einsicht des Hypothekenbuches vor Abschluß der Verträge zu erlangen, weil sie ihn für aussichtslos halten. Ferner versteht es der Bauunternehmer, die Lieferanten und Handwerker in der Weise zu täuschen, daß er in ihnen die Erwartung erweckt, sie würden unter allen Umständen befriedigt werden und sie hierdurch veranlaßt, Verträge einzugehen und Lieferungen auszuführen. Diese Erwartung wird zunächst dadurch erweckt, daß die Person des formellen Eigentümers so lange als möglich im Dunkel bleibt, so daß die Lieferanten und Handwerker von der Voraussetzung ausgehen, daß der Eigen=

tümer eine der Person seines Generalbevollmächtigten ebenbürtige Persönlichkeit sei. Durch Verschweigen des Umstandes, daß der formelle Eigentümer von allen Mitteln entblößt und jeder gefestigten Vermögenslage bar ist, hält der Bauunternehmer die Lieferanten und Bauhandwerker geflissentlich im Unklaren, um sie so leichter zur Eingehung der Verträge zu veranlassen. Die Erwartung, daß sie Befriedigung finden würden, wird ferner durch zahlreiche Versprechungen des Bauunternehmers erweckt, welche sich nachträglich als betrügerisch erweisen und von denen sich häufig nachweisen läßt, daß sie wider besseres Wissen gemacht worden sind. Z. B. der Bauunternehmer versichert dem Lieferanten, die sämtlichen Hypothekgläubiger seien verpflichtet, einem nach Vollendung des Baues aufzunehmenden Bankkapital auszuweichen und er würde aus diesem Bankkapital befriedigt werden. In Wirklichkeit liegt die Sache folgendermaßen:

Es haben sich nicht alle Hypothekgläubiger verpflichtet, dem Bankkapital auszuweichen. Auch würde das Bankkapital gar nicht hinreichen, um die Lieferanten und den Baukapitalisten zu befriedigen, so daß immer entweder die Lieferanten oder der Baukapitalist geschädigt sein würden. Es kann auch vorkommen, daß einer der Hypothekgläubiger, z. B. der ursprüngliche Eigentümer des Baugrundstückes, sich verpflichtet hat, einem Bankkapital auszuweichen, aber er hat diese Verpflichtung in einer scheinbar harmlosen Weise eingeschränkt. Er hat sich nämlich nur für den Fall verpflichtet, daß der Bau bis zu einem gewissen Zeitpunkt fertig wird. Der Bau wird aber nicht fertig und die Klausel wird vom Bauunternehmer dem Lieferanten verschwiegen. Bei sorgfältiger Prüfung solcher Fälle wird sich regelmäßig ergeben, daß der Bauunternehmer zu Täuschungen gegriffen hat, welche den vollen Einblick in die Sachlage verschleierten. Insbesondere werden solche Täuschungen angewendet, wenn die Lieferanten unruhig werden, um sie zu weiteren Lieferungen zu veranlassen, welche sie bei klarer Kenntnis der Sachlage nicht mehr machen würden. Es ist deshalb nicht zweifelhaft, daß die Vorschriften des Strafgesetzbuches über Betrug auf Fälle der geschilderten Art angewendet werden können.

Richtig ist, daß die Aufklärung des ganzen Sachverhaltes in einer unwiderleglichen und beweiskräftigen Weise außerordentlich schwierig ist. Es bedarf der genauen Kenntnis der Grundstückswerte, der Baukosten, der zu erwartenden Mietzinse, der Höhe, in welcher die Banken Häuser in dieser Lage zu belehnen pflegen, des Einblickes in die Ergebnisse der Zwangsversteigerung und in die zahlreichen stets wiederkehrenden Geschäftskniffe eines solchen Bauunternehmers und seiner zahlreichen Hilfskräfte. Die Schwierigkeiten, welche die untersuchenden Behörden in solchen Fällen überwinden müssen, sind gerade so groß, in mancher Beziehung größer als die Schwierigkeiten, die sich in sonstigen verwickelten Fällen (z. B. bei Unregelmäßigkeiten im Betriebe größerer Banken), der Untersuchung in den Weg stellen.

Zweifellos ist, daß über die vorstehend geschilderte Form des Bauschwindels schon seit Jahren Klage geführt wird, und daß sich diese Fälle in immer gleicher Form wiederholen. Es mag genügen, hier auf die Begründung der Entwürfe für ein Reichsgesetz zum Schutze der Bauhandwerker vom Jahre 1897 und 1901 und auf einen Artikel in der volkswirtschaftlichen und Handelsbeilage zur Allgemeinen Zeitung Nr. 295 vom 26. Oktober 1902 hinzuweisen.

Es ist deshalb im öffentlichen Interesse sehr wünschenswert, daß in solchen Fällen die Untersuchung auf das eingehendste geführt wird.

Es ist zweifellos, daß durch die erwähnten Kunstgriffe, schon bevor es zur Ausführung des Baues kommt, eine Lage geschaffen ist, welche später die Zwangsversteigerung und den teilweisen Verlust der Forderungen der Bauhandwerker herbeiführen muß. Daß die Handwerker in die ihnen gestellte Falle gehen, liegt hauptsächlich darin, daß die Sachlage ihnen nach Kräften verschleiert wird, und sie durch trügerische und unrichtige Zusicherungen zu ihren Lieferungen veranlaßt werden. Es kommen endlich auch Fälle vor, in welchen das vom Baukapitalisten dem Bauunternehmer gegebene Geld zur Befriedigung der Lieferanten und Handwerker hinreichen würde, aber vom Bauunternehmer nicht der Vereinbarung entsprechend verwendet, m. a. W. zum Teil unterschlagen wird.

Auch sonstige strafrechtliche Bestimmungen können anzuwenden sein.

Nach § 288 StGB. ist strafbar, wer bei einer ihm drohenden Zwangsvollstreckung Bestandteile seines Vermögens beiseite schafft, um die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln. In der Regel sind Bauunternehmer der geschilderten Art in Zahlungsschwierigkeiten. Häufig werden gegen sie Urteile zugunsten verschiedener Gläubiger auf Zahlung von Wechseln u. dgl. ergangen sein. Die Veräußerung der im Eigentum des Bauunternehmers stehenden Baugrundstücke an Strohmänner ist ein Beiseiteschaffen. Allerdings wird für den Bauunternehmer eine Hypothek für seine angebliche Kaufschillingsforderung eingetragen. Diese Hypothek ist aber für dritte Personen von sehr geringem Werte. Denn sie übersteigt den Wert des Baugrundstückes und erhält ihren Wert erst dadurch, daß es dem Bauunternehmer gelingt, trotz dieser Ueberlastung und ohne eigene Haftung die Bebauung des Grundstückes herbeizuführen. Ein dritter Gläubiger kann dies nicht tun. Nicht selten wird vom Bauunternehmer auch diese Hypothek weiter veräußert und so der Zwangsvollstreckung entzogen.

Die Anwendung der genannten Gesetzvorschrift ist aber deshalb schwierig, weil zu ihrer Anwen-



dung der Nachweis erforderlich ist, daß den Bauunternehmer die Absicht leitet, die Befriedigung eines bestimmten Gläubigers zu vereiteln. Dieser Nachweis wird im einzelnen Falle nicht leicht zu führen sein. Auch ist das Delikt Antragsdelikt. Die Strafverfolgung kann also nur eintreten, wenn der geschädigte Gläubiger sie beantragt.

In Betracht können weiter Bestimmungen kommen, welche hier nicht unmittelbar einschlagen. Es ereignet sich nämlich ziemlich häufig, daß Bauunternehmer dieser Art in Konkurs kommen, oder ihre Zahlungen einstellen müssen. §§ 239, 240 der KO. enthalten Strafvorschriften für Personen, die ihre Zahlungen eingestellt haben, oder über deren Vermögen der Konkurs eröffnet worden ist, wenn sie in der Absicht, ihre Gläubiger zu benachteiligen, Vermögensstücke beiseite geschafft oder Rechtsgeschäfte aufgestellt haben, welche ganz oder teilweise erdichtet sind. Bei den geschilderten Scheinveräußerungen von Grundstücken bleibt der Bauunternehmer in Wirklichkeit verfügungsberechtigt, obgleich ein Dritter nominell Eigentümer ist. Es ist also hier das Beiseiteschaffen eines Vermögensstückes gegeben (RGSt. II. S. 119). Ebenso liegen erdichtete Rechtsgeschäfte vor.

Es fragt sich nun, ob diese Manipulationen vorgenommen sind, um die Gläubiger des Bauunternehmers zu benachteiligen. Sie sind zunächst in der Absicht vorgenommen, Personen zu benachteiligen, die zu Lieferungen in die Bauten veranlaßt werden sollten, die zur Zeit der Vornahme noch nicht Lieferanten, also auch nicht Gläubiger waren. Infolge der Manipulationen sind sie auch nicht Gläubiger des Bauunternehmers, sondern Gläubiger des Strohmannes (des Scheinbesitzers) geworden. Es können also die Bestimmungen der KO. nur zur Anwendung kommen, wenn sonstige Personen, welche Gläubiger des Bauunternehmers waren, durch solche Scheingeschäfte benachteiligt werden sollten. Eine solche absichtliche Benachteiligung sonstiger Gläubiger ist insbesondere dann gegeben, wenn diese Scheingeschäfte kurze Zeit vor der Zahlungseinstellung erfolgt sind, also zu einer Zeit, in der sich der Bauunternehmer schon in schwankender Vermögenslage und in Zahlungsschwierigkeiten befand. Es kann den Absichten des Bauunternehmers sehr wohl entsprechen, sein Vermögen dem Zugriff seiner bisherigen Gläubiger nach Kräften zu entziehen und gleichzeitig durch Vorschiebung eines Strohmannes die Entstehung neuer Gläubiger zu vermeiden, die ihn in Angriff nehmen können.

Es soll endlich noch eine weitere Vorschrift der §§ 239, 240 KO. erwähnt werden. Personen, welche ihre Zahlungen eingestellt haben oder über deren Vermögen der Konkurs eröffnet ist, sind nämlich auch dann strafbar, wenn sie Handelsbücher, deren Führung ihnen gesetzlich oblag, gar nicht oder so unordentlich geführt haben, daß sie keine Uebersicht ihres Vermögens gewähren. Die Strafe ist besonders streng, wenn die unordentliche Führung der Handelsbücher in der Absicht geschehen ist, die Gläubiger zu benachteiligen. Gemäß § 2 des HGB. sind Bauunternehmer bei größeren Betrieben in der Regel zur Eintragung ihrer Firma im Handelsregister und zur Buchführung verpflichtet. Die Bücher von Bauunternehmern der geschilderten Art sind in der Regel sehr mangelhaft geführt und es kommt vor, daß sie gerade vor Ausbruch des Konkurses noch oberflächlich nachgetragen werden, um sie scheinbar in Ordnung zu bringen. Eine genaue Prüfung der Bücher wird zeigen, daß sie nicht stimmen. Würden sie stimmen, so müßten sie einen weitreichenden Einblick in die Art der Geschäftsführung geben, und dadurch die Strafverfolgung wegen Betrugs u. dgl. erleichtern. Denn mit dem unreellen Vorgehen sind in der Regel eine Reihe von Ausgaben verbunden, die bei einer ehrlichen Geschäftsführung nicht erforderlich sind und zur Erkenntnis der Art des Geschäftsbetriebes beitragen. Auch sonstige unlautere Handlungen, Wechselreiterei u. dgl. gehen mit der geschilderten Art des Geschäftsbetriebes nicht selten Hand in Hand. (Schluß folgt.)

## Mitteilungen aus der Praxis.

**Zu § 26 des Verlagsgesetzes** (über das Bezugsrecht des Autors) hat das OLG. Dresden, 7. Zivilsenat, am 10. Februar 1905 eine interessante Entscheidung gefällt. Mehrere Universitätsprofessoren nahmen für sich das Recht in Anspruch, für ihre Hörer gewisse ihrer Werke zu dem billigsten Preis, für den der Verleger sie abgibt, zu beziehen. Ueber die Frage, ob sie dazu berechtigt sind, ist in der jüngsten Zeit viel verhandelt und geschrieben worden. Der Börsenverein der deutschen Buchhändler hat hierzu Gutachten des Rechtsanwalts Dr. Fuld, des Professors Dr. Allfeld und des Oberamtsrichters a. D. Dr. Bielefeld veröffentlicht. Gegen sie richten sich zwei Gutachten des Prof. Dr. Schulz (Oberbibliothekar beim Reichsgericht) und des Prof. Dr. Beer in Leipzig. Die hiernach heißumstrittene Frage nach dem freien Bezugsrechte des Autors hat das OLG. Dresden aus folgenden Gründen verneint. Das richtige Verständnis des § 26 des VG. vom 19. Juni 1901 lasse sich nur dann gewinnen, wenn er mit § 1 desselben Gesetzes in Verbindung gebracht werde. Nach § 1 übernehme der Verleger nicht nur die Pflicht, er gewinne auch das Recht zur Verbreitung des Werkes. Die Verbreitung des Werkes, die der Regel nach in den Formen des buchhändlerischen Vertriebes vor sich gehe, sei das gute Recht des Verlegers; er habe die Formen, in denen sich dieser Vertrieb vollziehe, die Wege, auf denen er wandeln solle, zu bestimmen; seiner Entschließung sei es anheimgegeben, ob er sich bei dem Vertriebe des Werkes unmittelbar an die Abnehmer wenden oder ob er sich dabei des Sortimentsbuchhandels bedienen wolle und dgl. mehr. Ein wichtiger Folgesatz dieses Rechtes sei in § 21 des Gesetzes ausgesprochen, wonach die Bestimmung des Ladenpreises, zu welchem das Werk verbreitet werde, für jede Auflage dem Verleger zustehe. Wenn nun § 26 dem Verfasser das Recht einräume,

vom Verleger die Ueberlassung von Exemplaren des Werkes zum Nettopreise zu verlangen, so könne diese Bestimmung nicht die Bedeutung haben, daß dadurch eine Aufhebung oder Schmälerung des dem Verleger zustehenden Vertriebsrechtes herbeigeführt würde. Der Gesetzgeber würde sonst dem Verleger das, was er ihm mit der einen Hand gegeben habe, mit der anderen wieder entziehen. Könnte der Verfasser Exemplare des Werkes beliebig beanspruchen und beliebig vertreiben, dürfte er den Gang des Vertriebes und insbesondere den Preis des Werkes bestimmen, so wäre das Verbreitungsrecht des Verlegers ganz illusorisch gemacht, und dieser würde zu einem bloßen Strohmann und Statisten herabsinken. Der Vertrieb des Werkes müsse sich einheitlich vollziehen, von einer Stelle aus und nach miteinander übereinstimmenden Grundsätzen geleitet werden, und der Wille des Gesetzgebers gehe eben dahin, daß insoweit der Wille, die geschäftliche Verfügung und das Interesse des Verlegers maßgebend sein sollen. Dies sei auch um deswillen angemessen, weil der Verleger der Regel nach das gesamte finanzielle Risiko trage und bei seinen geschäftlichen Anordnungen nicht lediglich die Bedürfnisse des konkreten Verlagsartikels zu berücksichtigen habe, sondern auch das Interesse seines ganzen Verlagsgeschäfts im Auge haben und die im Buchhandel überhaupt herrschenden Strömungen und Ansichten berücksichtigen dürfe. Eine solche Auffassung des Vertriebsrechtes enthalte auch keine Schädigung des Verfassers; denn es verstehe sich von selbst, daß er einer mißbräuchlichen Ausbeutung des Vertriebsrechtes nach den auch den Verlagsvertrag beherrschenden Grundsätzen von Treu und Glauben entgegentreten dürfe. Nach der Ansicht des Berufungsgerichts laufe nun aber dasjenige, was die Kläger zugunsten ihrer Hörer beanspruchen, darauf hinaus, daß dem Verleger das Vertriebsrecht in ganz erheblicher Weise geschmälert werde. Es solle nicht verkannt werden, daß die Interessen, welche die Kläger verfolgen, durchaus idealer Natur seien, und daß von ihnen eine Schädigung des Verlegers in alle Wege nicht beabsichtigt werde. Allein andererseits lasse sich nicht leugnen, daß die Hörer der Kläger zu den Hauptabnehmern der fraglichen Werke gehören, und daß das Vertriebsrecht der Beklagten ganz erheblich beeinträchtigt werde, wenn der geschäftliche Verkehr mit einem ganz besonders wichtigen Abnehmerkreise ihrer Verfügungsgewalt entzogen und nicht nach ihren Anordnungen, sondern nach dem Gutdünken der Verfasser geregelt werde. Aus diesen Gründen sei das Berufungsgericht, das übrigens die in der Literatur vertretenen verschiedenartigen Meinungen, die Entstehungsgeschichte des Gesetzes und die von den Parteien herbeigezogenen Gutachten eingehend geprüft habe, zu einer der Beklagten günstigen Ansicht gelangt und zwar gelte dies auch für das Geltungsgebiet des älteren Rechtes, da dies betreffs der grundsätzlichen Auffassung des dem Verleger zustehenden Vertriebrechtes keine abweichende Auffassung vertrat (SBG. § 1139). Es möge nur noch bemerkt sein, daß auch dann, wenn man der soeben dargelegten Meinung beipflichte, für die Anwendung des § 26 noch genug Raum bleibe, und daß die Auffassung des Berufungsgerichts auch praktisch nicht zu unbefriedigenden Ergebnissen führe. Denn die Bestimmungen über das dem Verleger zustehende Vertriebsrecht seien selbstredend dispositiver Natur und könnten durch den Verlagsvertrag geändert werden. Autoren von der Bedeutung der Kläger würden eine Gestaltung des Verlagsvertrages, die den von ihnen jetzt vertretenen humanistischen Interessen Rechnung trage, künftig leicht erlangen können rc. rc.

Oberlandesgerichtsrat **Reinhard** in Dresden.

---

**Erbschein, Erbschafts- und Erbfolge-Ausschlagung, Gebühren in Nachlaßsachen.** Im März 1903 starb in München die Arztensgattin Sophie L.; sie hatte sich vor 1900 in München verheiratet, ihr Gatte Karl L. war Münchener Bürger. Die nächsten Verwandten waren ihre Schwester L. M. und die Tochter einer verstorbenen Schwester X. L. Der überlebende Gatte beanspruchte den ganzen Nachlaß, zu dem eine für die L.schen Gatten eingetragene Hypothek zu 39 000 Mk. gehörte, weil er auf Grund des privilegium Albertinum Erbe sei und das Vermögen nicht eheliche, sondern eheherrliche Errungenschaft sei. Die Erbfolge nach dem BGB. schlug er mit Bezug auf Art. 84 UeGG. aus und verlangte für alle Fälle Behandlung des Nachlasses nach BLR. Teil I, cap. VI § 38 Ziff. 2. Das Nachlaßgericht erachtete das privilegium Albertinum nicht für anwendbar; es vernahm die Schwester und die Nichte der Verstorbenen. L. M. erklärte, sie erkenne das Erbrecht des Gatten an und trete ihre Rechte und Ansprüche für alle Fälle diesem ab. Die Erklärung wurde notariell beurkundet. X. L. nahm die Erbschaft an und verlangte ¼ des Nachlasses, indem sie anerkannte, die Hälfte des Nachlasses gehöre als Errungenschaft dem Mann; auf die andere hätten sie und ihre Tante als Erben Anspruch; da die Tante ihren Anspruch dem Schwager abgetreten habe, habe sie ¼ des Nachlasses zu bekommen. Der Gatte erkannte diesen Anspruch nicht an. X. L. erhob Klage. Der Beklagte wandte ein, er sei als Münchener Bürger bei kinderlosem Ableben Erbe seiner Gattin, das privilegium Albertinum sei weder in Art. 175 des AG. z. BGB. noch in Art. 83 u. 84 des UeGG. aufgehoben. Die einschlägige Rechtsregel beruhe auf einem Privileg, das von einer Gesetzesvorschrift zu unterscheiden sei, und nicht ohne weiters entzogen werden könne.[1]) Uebrigens sei der Nachlaß keine Errungenschaft im Sinne des BLR., sondern ausschließlich vom Mann erworbenes Vermögen. Das BLR. spreche ausdrücklich von gemeinsamer Tätigkeit, wie sie etwa im gewerblichen Leben vorkomme, daher es auch nur von „offenen Kramm- und Marktsitzen" Teil I, cap. VI § 32 Ziff. 6 rede. Bei wissenschaftlicher Tätigkeit des Mannes könne nicht von einer Beihilfe der Frau, von einem Miterwerb

---

[1]) Anm. des Herausgebers. Die Praxis des Amtsgerichts München I hat bisher stets im Anschluß an Henle-Schneider (Bem. 5 zu Art. 84 UeGG.) angenommen, daß das privilegium Albertinum eine rein erbrechtliche, nicht eine güterrechtliche Vorschrift enthalte und daher mit dem Inkrafttreten des BGB. weggefallen sei. Bei Auer (Stadtrecht von München S. LXXXV) wird allerdings die Auffassung vertreten, es handle sich bei dem privilegium Albertinum „nicht um eine bloße Intestaterbfolge", sondern das Erbrecht der Gatten sei „nach den Grundsätzen der bedungenen Erbschaft" zu behandeln. Diese Anschauung hat jedoch keinen Anklang und insbesondere keinen Eingang in die Praxis gefunden (Tinsch, Stadtrecht von München S. 71, 72). Um ein „Privileg" im eigentlichen Sinne — ein Sonderrecht einzelner Personen — handelt es sich nicht, sondern um ein durch landesherrliche Verfügung bestätigtes Gewohnheitsrecht.

die Rede sein. Hiefür sprächen sowohl die Anmerkungen zum BLR. wie jene des Ludw. v. Schmidt zum alten Landrecht. Diese Rechtsfragen wurden wegen der hohen Prozeßkosten nicht durch alle Instanzen ausgetragen. Es wurde ein Vergleich geschlossen, durch den die Klägerin das Erbrecht des Beklagten anerkannte und ihre etwaigen Erbrechte an den Beklagten gegen Zession von 15 000 Mk. aus der Hypothek zu 39 000 Mk. abtrat. Sodann legte Dr. L. die notarielle Erklärung der L. M. und eine Ausfertigung des gerichtlichen Vergleichs dem Nachlaßgerichte vor und beantragte, ihm Erbschein zu erteilen. Das Nachlaßgericht stellte diesen aber nicht auf Dr. L., sondern auf L. M. und X. L. aus; es erwähnte weder die Anerkennung des Gatten als Erben noch die Abtretung der Rechte der L. an Dr. L. Dieser erhob unter Vorlegung des Erbscheins zum Zweck der Einziehung Beschwerde und begründete sie dahin, daß der Erbschein aktenwidrig und das Erbrecht des Gatten von den Beteiligten anerkannt sei. Am 5. Mai 1904 hob das Landgericht die Verfügung des Amtsgerichts vom 22. März 1904 (den Erbschein betr.) auf, und wies es an, den Erbschein einzuziehen und einen neuen Erbschein zu erteilen, in dem festgestellt werde, daß Dr. L. Alleinerbe seiner Frau geworden sei.

Aus den Gründen: „Das Nachlaßgericht hat angenommen, daß die mit einer Erbteilsübertragung gemäß § 2033 BGB. verbundene dingliche Wirkung dem Erwerber zwar die Stellung eines Miterben gebe und ihn zum Antrag auf Erbschein berechtige, ihn aber nicht zum Miterben mit der Folge mache, daß nur er im Erbschein benannt werden müßte; sonst müsse das Nachlaßgericht jedesmal, wenn es von Anteilsveräußerungen Kenntnis erhalte, gemäß § 2361 BGB. von Amts wegen den früheren Erbschein als unrichtig einziehen. Das Gesetz sehe die Einziehung und Berichtigung nur vor, wenn bei Erteilung des Erbscheins eine Unrichtigkeit unterlaufen sei. Die Beschwerde ist begründet. Das Beschwerdegericht hat keinen Anlaß, von der in seinem Beschluß vom 4. Juni 1902 niedergelegten Anschauung abzugehen. Diese hat auch das OLG. Colmar im Beschluß vom 11. Februar 1903 (Centralbl. f. fr. Gerichtsb. IV. S. 137) vertreten. Es steht fest, daß der Miterbe nach § 2033 BGB. dinglich über seinen Teil verfügen kann. Tut er dies, so scheidet er aus der Erbengemeinschaft aus; an seine Stelle tritt der Erwerber. Das BGB. hat allerdings nur bezüglich der Aufnahme des gesetzlichen und Testamentserben in den Erbschein ausdrückliche Bestimmungen getroffen, allein mit Zuhilfenahme des § 2361 BGB. im Zusammenhalt mit den §§ 2365, 2366 BGB. kommt man zu dem Schlusse, daß ein Erbschein, der die ursprünglich Erbberechtigten festlegt, nicht für alle Zeiten gültig, sondern unrichtig wird, wenn ein Erbe aus der Erbengemeinschaft ausgeschieden ist. Diese Unrichtigkeit erheischt eine Berichtigung (Staudinger n. 1 zu § 2361 BGB.). Wenn Staudinger (n. V zu § 2353 BGB.) sich für die Aufnahme eines entsprechenden Vermerks in den Erbschein ausspricht, so widerspricht ein solches Verfahren den Vorschriften über den Inhalt des Erbscheins. Es bleibt nur die Ausstellung eines neuen Erbscheins übrig, in dem unter Weglassung der Erben, die ihren Anteil abgetreten haben, der Dritte als Erbe anzuführen ist (Planck Bem. 3, a zu § 2353 BGB.). Da die Uebertragung der Anteile der beiden Erben auf Dr. L. nicht in Zweifel zu ziehen ist, so ist dieser zu dem Antrag auf Erteilung eines auf ihn als Alleinerben „lautenden Erbscheines berechtigt“.[1])

[1]) Vgl. hiegegen die Abhandlung auf S. 137 ff. dieser Nummer.

Auf Grund des sodann erteilten Erbscheins des Inhalts, daß die auf Sophie L. lautende Hypothek zu 39 000 Mk. auf Dr. L. als Alleinerben übergegangen sei, ließ dieser 24 000 Mk. auf sich und auf Grund des Vergleiches 15 000 Mk. auf X. L. umschreiben. Der taxierende Beamte erhob für die vermeintliche Ausschlagung eine Gebühr von 10 Mk. (Art. 104 des Geb.G.) und 24 Mk. für den Erbschein aus 39 000 Mk. nach Art. 96 l. c. u. § 8 RGKG. Dr. L. beantragte richterliche Feststellung der Gebühr, da keine Ausschlagung der Erbschaft, sondern eine Ausschlagung der Erbfolge (Art. 84 UeGG.) vorliege, die bedeute, daß die Nachlaßsache nicht nach dem BGB., sondern nach BLR. durchgeführt werden solle; ferner sei nach Art. 96 in einer Nachlaßsache nur eine Gebühr zu erheben. Die Gebühr aus der Summe von 39 000 Mk. sei unrichtig berechnet, da 15 000 Mk. für X. L. abgingen; auch müsse er sein voreheliches Vermögen und die Kranken- und Leichenkosten abziehen dürfen. Das Gericht erklärte die Gebührenberechnung für richtig. Das Landgericht bestätigte die Entscheidung. Dr. L. legte weitere Beschwerde ein. Am 4. Januar 1905 verwarf das Oberste Landesgericht die Beschwerde, soweit sie 15 000 Mk. Vergleichssumme, das voreheliche Vermögen und die Kranken- und Leichenkosten abziehen wollte, gab ihr aber statt, soweit sie die Gebühr für die angebliche Ausschlagung betraf.

Aus den Gründen: Die Gebühr nach Art. 104 ist nicht schon ausgeschlossen, wenn eine Gebühr für einen Erbschein erhoben wird, sondern nur, wenn das Nachlaßgericht eine der in Art. 104 bezeichneten Erklärungen in dem die Erteilung des Erbscheins betreffenden Verfahren entgegengenommen hat (Wochinger Anm. 3 zu Art. 104 S. 119). Der Beschwerdeführer hat die Ausschlagung nicht in dem Erbscheins-Verfahren erklärt, da dieses erst am 3. März 1904, also erheblich später, eingeleitet wurde. Das Landgericht hat aber darin geirrt, daß es in der Erklärung die Ausschlagung der Erbschaft erblickte. Die Erklärung des überlebenden Gatten hatte nicht diese Bedeutung: sie enthielt die Erklärung, daß er die Frage, welche Rechte ihm infolge des Todes des anderen Gatten zustehen, nicht nach dem BGB., sondern nach den bisherigen Vorschriften beurteilt wissen wolle. Daß die Erklärung des Beschwerdeführers diesen Sinn hat, kann nach dem Inhalt des Protokolls, insbesondere mit Rücksicht auf den Umstand, daß Dr. L. gerade infolge dieser Erklärung auf Grund des BLR. und des privilegium Albertinum das Alleinerbrecht in Anspruch nahm, nicht zweifelhaft sein. Die Ausübung des dem überlebenden Gatten im Art. 84 Abs. 1 eingeräumten Wahlrechtes muß nicht durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht erfolgen. Die im Art. 104 des Ges. über das Gebührenwesen bestimmte Gebühr wird nur erhoben, wenn nach gesetzlicher Vorschrift eine Erklärung dem Nachlaßgericht gegenüber abgegeben werden muß, nicht aber, wenn die Erklärung dem Nachlaßgericht gegenüber abgegeben werden kann. Erklärungen dieser Art sind gebührenfrei. Bei den Verhandlungen über den Entwurf des Gesetzes, das Nachlaßwesen betr., wurde festgestellt, daß der Art. 104 dadurch, daß die Ermittlung des Erben von Amts wegen zu erfolgen hat, ein weiteres Anwendungsgebiet nicht erhalten hat. (Haberstumpf, Ges. betr. das Nachlaßw. Bem. 9 zu Art. 10 S. 78 u. 79, Wochinger a. a. O. Anm. II zu Art. 104 S. 118.)

Dr. H. in München.



**Umwandlung der Erbengemeinschaft in Sondereigentum der Erben.** Prof. Dr. Dernburg schließt sich in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern (Nr. 2 S. 33 ff.) der Ansicht des OLG. Kolmar an (Rechtspr. d. OLG. Bd. IX S. 306), nach der es keiner Auflassung zur Umsetzung des Miteigentums zur gesamten Hand in Miteigentum nach Bruchteilen bedürfe. Dagegen mißbilligt er die mit dieser Entscheidung in Widerspruch stehende Entscheidung des Kammergerichts (a. a. O. 1904 S. 222), in der ausgesprochen wird, daß der Erbe, dem durch Zusammenwirken sämtlicher Miterben ein Nachlaßgegenstand zu alleinigem Eigentum übertragen werde, nicht wie bei Uebertragung von Bruchteilen nur zu dem, was er schon habe, etwas hinzuerwerbe, sondern daß Gegenstand des Erwerbs in diesem Falle die Sache in ihrer Gesamtheit sei, da der Miterbe daran vor der Erbteilung keinen Anteil gehabt habe. Aus § 2033 Abs. 2 BGB. gehe hervor, so begründet Dernburg seine Ansicht, daß das BGB. einen Anteil des Miterben an den einzelnen Nachlaßgegenständen kenne; § 2033 setze ja, wie sein Wortlaut ergebe, gerade einen Anteil des Miterben an den einzelnen zum Nachlaß gehörigen Gegenständen voraus. Die logische Folge aus einer solchen gesetzlichen Regelung wäre in der Tat, daß bei Uebertragung von Nachlaßgegenständen auf einen Miterben dieser zu seinem bereits bestehenden Anteile nur weitere Anteile hinzuerwürbe, daß also nur bezüglich so vieler Anteile, als bisher den anderen Miterben zustanden, ein Eigentumswechsel stattfinden würde. Allein Dernburg legt dem Wortlaute des § 2033 Abs. 2 ein zu großes Gewicht bei. Diese Bestimmung will nicht den Satz aufstellen, daß einem Miterben ein seinem Miterbrecht entsprechender Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen zustehe, sie will nur die Verfügung des Miterben über einen solchen Anteil an einzelnen zum Nachlaß gehörigen Objekten ausschließen. In § 2033 Abs. 2 soll nur die Frage ihre Lösung finden, ob der Miterbe über einen Anteil an einzelnen Gegenständen verfügen dürfe, nicht dagegen die Frage, ob er es aus dem Grunde nicht dürfe, weil er einen solchen Anteil gar nicht habe, oder ob ihm die Verfügung nicht gestattet sei, trotzdem ihm ein solcher Anteil zukomme. Den theoretischen Streit, ob dem Gesamthänder ein Anteil an den einzelnen Gegenständen der Gemeinschaft zustehe oder nicht, will § 2033 Abs. 2 nicht entscheiden. Es wurde ausdrücklich abgelehnt, im BGB. diese Streitfrage zu lösen. Vgl. Protokolle Bd. II S. 428; Bd. V S. 835, ferner Kuhlenbecks Komm. z. BGB., 2. Aufl., Anm. 3 zu § 2033, wo mit Recht die Fassung dieser Bestimmung als ungenau bezeichnet wird. Auch das Bayer. Oberste LG. hat in einem Beschluß vom 27. Mai 1903 — Bd. IV S. 393 der Sammlung — ausgesprochen: „Aus der Ausdrucksweise des § 2033 Abs. 2 des BGB. darf aber nicht der Schluß gezogen werden, daß der Miterbe einen bestimmten Anteil an den einzelnen Gegenständen des Nachlasses habe und nur nicht über diesen verfügen dürfe." Die von Dernburg behandelte Frage kann einzig und allein aus dem Wesen der Gemeinschaft zur gesamten Hand beantwortet werden. Stellt man sich auf den Standpunkt, es sei der Unterschied zwischen dieser Gemeinschaft und dem Miteigentum nach Bruchteilen darin zu erblicken, daß den einzelnen Gesamthändern kein Anteil an den einzelnen Gegenständen der Gemeinschaft zusteht, sondern nur ein Anteil an dem Gesamtvermögen,[1]) dann wird man der Entscheidung des Kammergerichts zustimmen müssen. Gesellt man sich dagegen zu denen, die annehmen, es stehe den einzelnen Gesamthändern ein entsprechender ideeller Anteil an den einzelnen Gegenständen zu, nur sei dieser Anteil bei Bestand der Gemeinschaft für die Zwecke der Gemeinschaft dinglich gebunden und komme während der Dauer der Gemeinschaft nicht zum Ausdruck, dann wird man sich der Meinung des OLG. Kolmar anschließen müssen. Wie aus den oben zitierten Ausführungen in den Protokollen erhellt, sollten im BGB. die Streitfragen nicht gelöst werden und sie sind tatsächlich nicht gelöst worden. Ehe sich eine feste oberstrichterliche Praxis gebildet haben wird, wird daher jedenfalls noch eine Reihe widersprechender Urteile ergeben. Der bayerische oberste Gerichtshof hat sich in der bereits oben erwähnten Entscheidung sowie in einem Beschluß vom 4. Juli 1902 — Bd. III S. 607 der Sammlung — und einem weiteren vom 13. Januar 1903 — Bd. IV S. 28 — auf den Standpunkt gestellt, daß es dem Wesen der Erbengemeinschaft wie überhaupt der Gemeinschaft zur gesamten Hand widerspreche, wenn man dem Miterben einen bestimmten Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen zugestehe. In dem Beschluß vom 27. Mai 1903 heißt es wörtlich: „Diese Auffassung" — sc. der Miterbe habe einen bestimmten Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen — „entspricht nicht dem der Gemeinschaft zur gesamten Hand zugrunde liegenden Gedanken. Die Gemeinschaft zur gesamten Hand ist eine ganz andere Gemeinschaft wie die Gemeinschaft nach Bruchteilen. Man kann insbesondere nicht sagen, daß der Anteil, der dem Miterben am Nachlasse zusteht, zugleich den Anteil darstellt, der ihm an einzelnen Nachlaßgegenständen zusteht. Die einzelnen Nachlaßgegenstände befinden sich infolge der Vererbung nicht im Miteigentume, sondern im Gesamteigentume der Erben. Der Vertrag, durch den ein im Gesamteigentume der Erben befindliches Grundstück in das Alleineigentum eines Erben übertragen wird, enthält, wie in der Rechtspflege anerkannt ist, eine Verfügung über das ganze Grundstück." Die bayerische Praxis wird sich jedenfalls dieser Meinung anschließen, die in der Tat auch die richtige sein wird.

Gepr. Rechtspraktikant **Teutsch** in Nürnberg.

---

**Sind zukünftige Forderungen abtretbar?** Zweck dieser Zeilen ist nicht, nochmals in eine Untersuchung der Frage einzutreten. Viele werden sagen: „Roma locuta, causa finita", und werden in Zukunft an der vom Reichsgericht zuletzt gebilligten Ansicht festhalten. Es soll nun an einem Beispiel aus der Praxis gezeigt werden, zu welchen sonderbaren Ergebnissen die unbeschränkte Zulassung der Abtretung einer in Zukunft möglicherweise entstehenden Forderung gegen einen zurzeit noch völlig unbekannten Schuldner führt. Die beiden Urteile des RG. vom 26. und 29. April 1904 (Jur. Wschr. 1904, 365, 30, D. Jur.Z. 745, 64) halten zwar den Grundsatz der unbeschränkten Abtretbarkeit aufrecht, doch scheint die Hoffnung einer Umkehr durch diese beiden Urteile etwas Nahrung erhalten zu haben. Der Gastwirt K. hatte von dem

[1]) So z. B. **Planck**, Komm. z. BGB., 1. u. 2. Aufl., Bd. V S. 177 Vorbem. zum 4. Titel.



Baumeister W. eine Wirtschaft gepachtet. Der Pächter war mit der Zahlung des Pachtschillings längere Zeit im Rückstande geblieben und wurde deshalb vom Verpächter ernstlich zur Zahlung aufgefordert. Darauf sagte der Pächter K.: „Warten's nur noch Samstag und Sonntag, was ich einnehmen tue, kriegen's dann." W. entgegnete: „Ja, es ist gut." In der Nacht vom Sonntag auf Montag war die Einnahme des Wirtes gepfändet worden. Trotzdem hatte W. diese für sich verlangt und erhalten. Die Klage des Pfandgläubigers gegen W. auf Herausgabe der Einnahme im Betrage von 86 Mk. wurde in 2. Instanz abgewiesen. In den Worten des K. und W. hat das Landgericht als Berufungsgericht eine Vereinbarung erblickt, durch welche mit dinglicher Wirkung die Forderungen des K. gegen die am Samstag und Sonntag in die Wirtschaft kommenden Gäste an den W. abgetreten waren. Das Berufungsgericht stellte sich damit im Gegensatz zum Amtsgericht, welches hierin lediglich ein Versprechen des Schuldners, die Einnahmen abzuliefern, erblickt hatte. Das mit Recht. In der Regel wird ja nur ein pactum de cedendo vorliegen, oder ein näher begründetes Zahlungsversprechen. Glaubt man aber die Abtretung zukünftiger Forderungen nicht entbehren zu können, so sind auch hier „certi denique fines", einzuhalten und man muß verlangen, daß die Person des Debitor cessus wenigstens halbwegs bekannt, die Forderung aber z. Z. der Abtretung wenn auch nicht bestimmt, so doch bestimmbar ist. Andernfalls wird Lug und Trug großgezogen, denn die Anfechtung der Abtretung wird nur zu oft mißlingen, womit nicht gesagt sein soll, daß auch hier ein betrügerisches Verhalten vorhanden gewesen sei. Vorliegendenfalls mangelte es nicht nur an einer genügenden Bestimmtheit der behaupteten Vereinbarung, sondern an allem, was ein Rechtsverhältnis zu begründen vermag. Der „Gläubiger" K. hatte z. Z. der Abtretung noch an keinen Menschen eine Forderung, es war völlig unbekannt, wer etwa am Samstag und Sonntag die Wirtschaft des K. besuchen werde, es lag außer aller Möglichkeit, die voraussichtliche Höhe der Zeche jedes einzelnen Gastes zu berechnen. Deshalb hatte K. dem W. auch nur gesagt, er bekomme, was er einnehme, Ende des Monats ginge das Geschäft wieder besser. Die angeblichen „Forderungen" entbehrten durchwegs jeder Bestimmbarkeit. Das Berufungsurteil hat diese Einwände auch gar nicht zu widerlegen versucht, sondern es sagt: es „muß die zwischen K. und dem Beklagten W. getroffene Abrede dahin aufgefaßt werden, daß nach der Willenseinigung der Vertragsteile für den Beklagten ein selbständiges Recht geschaffen werden sollte, die Einnahmen des 29. und 30. November von der Kellnerin Sch. zu verlangen, und daß der Beklagte W. an Stelle des Gastwirtes K. als Gläubiger gegenüber der Kellnerin eintreten sollte; § 398 BGB.". Dieser Satz verblüfft, wenn man die frühere Stelle berücksichtigt, in der im Anschluß an die Entsch. d. RG. in Str.S. 34, S. 39[12] die Kellnerin als Gewerbegehilfin im Sinne der §§ 611, 675 BGB. erachtet wird. Sie war also nach § 855 BGB. gar nicht als Drittschuldnerin zu betrachten; dadurch, daß sie das Geld einnahm, war es in den unmittelbaren Besitz und das Eigentum des K. selbst gekommen, so daß von einem Forderungsrechte des K. gegen die Sch. unmöglich die Rede sein kann. Dieser Sprung war aber angesichts des ungreifbaren Forderungsrechtes des K. gegen die seinerzeitigen Gäste notwendig, sonst wäre die ganze Abtretung nicht konstruierbar gewesen. So aber hat K., und das ist logisch nicht möglich, nach Anschauung des Gerichts jenen „obligatorischen Herausgabeanspruch" — dies soll der Anspruch gegen die Sch. sein — an W. abgetreten, „welcher ihm gegen sich selbst auf Herausgabe seines Eigentums, das er selbst im Besitze hatte, an sich selbst zustehen soll".[1])

Rechtsanwalt Dr. Fischer in Augsburg.

---

**Darf in Zivilsachen die Vornahme eines Augenscheins von der Erlegung eines Kostenvorschusses abhängig gemacht werden?** Ohne Zweifel kann das Prozeßgericht nach § 84 GKG. bei Anordnung eines Augenscheins von der Partei, die den Augenschein beantragt hat, einen entsprechenden Vorschuß verlangen. Dies geschieht, soweit mir bekannt, stets in der Weise, daß in den Beweisbeschluß die Formel aufgenommen wird: „Die Vornahme des Augenscheins wird von der Erlegung eines Auslagenvorschusses in Höhe von x Mark durch die .... Partei abhängig gemacht." Es wird also nicht nur ein Vorschuß verlangt, sondern zugleich erklärt, daß bei Nichtzahlung die Einnahme des Augenscheins unterbleibt. Dieses Verfahren ist m. E. nicht einwandfrei. § 84 GKG. räumt lediglich dem Prozeßgericht das Recht ein, „bei jedem Antrag auf Vornahme einer Handlung, mit welcher bare Auslagen verbunden sind, einen zur Deckung derselben hinreichenden Vorschuß von dem Antragsteller zu fordern." Die Frage, wie sich das Verfahren gestaltet, wenn die zahlungspflichtige Partei den Vorschuß nicht zahlt, ist in der CPO. geregelt. § 379 II a. a. O. bestimmt, daß die Zeugenladung unterbleibt, wenn der Vorschuß nicht rechtzeitig hinterlegt wird. § 402 l. c. erklärt diese Bestimmung auch für den Beweis durch Sachverständige für anwendbar. Enthielte § 84 GKG. die

---

[1]) Für die Bejahung der Frage der Abtretbarkeit zukünftiger Forderungen haben sich ausgesprochen: RG. 29. September 1903, Bd. 55, 334[83]; RG. 26. April und 29. April 1904 d. Jur.Z. 9, 705[64] und 698[62] — Jur. Wschr. 1904, 365[30]; Heuer d. Jur.Z. 8, 28; Abrahamsohn d. Jur.Z. 8, 343; v. Thur d. Jur.Z. 9, 426; Dernburg, BR. II, S. 303; OLG. Naumburg, Recht 6, 234; OLG. Dresden 28. April 1902 Annalen des OLG. 24, 114; Hamburg an Dritte, S. 433, für die Verneinung: RG. 28. Oktober 1881, Gruch.B. 26, 956 (in der Rassowschen Sammlung I, Nr. 36) Bolze 7, 1206; Seuff. Arch. 40, 471; 45, 106; Bl. f. RA. 60, 37; Rehbein E. d. Ob. Tr. II, 254; Förster-Eccius § 99 S. 65, Jahrb. f. Dogmatik 24, 261; Eccius d. Jur.Z. 9. 54; Lippmann d. Jur.Z. 9, 255; Windscheid-Kipp II, 361; Schollmeyer, Komment. § 398 a 2 arg. Scherer II, 329; Strauß d. Jur.Z. 8, 342; Endemann, 8. Aufl., I, 865; Enneccerus Lehmann, BR. I, § 222: Crome, Bd. II, S. 198; Eccius in Gruchots Beitr. 48, 465. Rehbein, Kommentar zum BGB. II, 382, stellt den Satz auf, daß zukünftige Forderungen abtretbar sind, sobald nur ihr Gegenstand bestimmt oder bestimmbar ist. Als Fälle der Unübertragbarkeit nennt er „den künftigen Tagelohn eines Tagesarbeiters (das Lohnbeschlagnahmegesetz kam damals noch nicht in Betracht), Forderungen für Fuhren, die in späterem Zeitpunkt an eine Gesellschaft geleistet werden". Es ist deshalb unschwer zu ersehen, daß eine Bestimmbarkeit der Person des Schuldners und der Höhe nebst Bestimmtheit des Rechtsgrundes der zukünftigen Forderung notwendig verlangt werden muß, will man nicht ins Uferlose geraten.

**Umwandlung der Erbengemeinschaft in Sondereigentum der Erben.** Prof. Dr. Dernburg schließt sich in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern (Nr. 2 S. 33 ff.) der Ansicht des OLG. Kolmar an (Rechtspr. d. OLG. Bd. IX S. 306), nach der es keiner Auflassung zur Umsetzung des Miteigentums zur gesamten Hand in Miteigentum nach Bruchteilen bedürfe. Dagegen mißbilligt er die mit dieser Entscheidung in Widerspruch stehende Entscheidung des Kammergerichts (a. a. O. 1904 S. 222), in der ausgesprochen wird, daß der Erbe, dem durch Zusammenwirken sämtlicher Miterben ein Nachlaßgegenstand zu alleinigem Eigentum übertragen werde, nicht wie bei Uebertragung von Bruchteilen nur zu dem, was er schon habe, etwas hinzuerwerbe, sondern daß Gegenstand des Erwerbs in diesem Falle die Sache in ihrer Gesamtheit sei, da der Miterbe daran vor der Erbteilung keinen Anteil gehabt habe. Aus § 2033 Abs. 2 BGB. gehe hervor, so begründet Dernburg seine Ansicht, daß das BGB. einen Anteil des Miterben an den einzelnen Nachlaßgegenständen kenne; § 2033 setze ja, wie sein Wortlaut ergebe, gerade einen Anteil des Miterben an den einzelnen zum Nachlaß gehörigen Gegenständen voraus. Die logische Folge aus einer solchen gesetzlichen Regelung wäre in der Tat, daß bei Uebertragung von Nachlaßgegenständen auf einen Miterben dieser zu seinem bereits bestehenden Anteile nur weitere Anteile hinzuerwürbe, daß also nur bezüglich so vieler Anteile, als bisher den anderen Miterben zustanden, ein Eigentumswechsel stattfinden würde. Allein Dernburg legt dem Wortlaute des § 2033 Abs. 2 ein zu großes Gewicht bei. Diese Bestimmung will nicht den Satz aufstellen, daß einem Miterben ein seinem Miterbrecht entsprechender Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen zustehe, sie will nur die Verfügung des Miterben über einen solchen Anteil an einzelnen zum Nachlaß gehörigen Objekten ausschließen. In § 2033 Abs. 2 soll nur die Frage ihre Lösung finden, ob der Miterbe über einen Anteil an einzelnen Gegenständen verfügen dürfe, nicht dagegen die Frage, ob er es aus dem Grunde nicht dürfe, weil er einen solchen Anteil gar nicht habe, oder ob ihm die Verfügung nicht gestattet sei, trotzdem ihm ein solcher Anteil zukomme. Den theoretischen Streit, ob dem Gesamthänder ein Anteil an den einzelnen Gegenständen der Gemeinschaft zustehe oder nicht, will § 2033 Abs. 2 nicht entscheiden. Es wurde ausdrücklich abgelehnt, im BGB. diese Streitfrage zu lösen. Vgl. Protokolle Bd. II S. 428; Bd. V S. 835, ferner Kuhlenbecks Komm. z. BGB., 2. Aufl., Anm. 3 zu § 2033, wo mit Recht die Fassung dieser Bestimmung als ungenau bezeichnet wird. Auch das Bayer. Oberste LG. hat in einem Beschluß vom 27. Mai 1903 — Bd. IV S. 393 der Sammlung — ausgesprochen: „Aus der Ausdrucksweise des § 2033 Abs. 2 des BGB. darf aber nicht der Schluß gezogen werden, daß der Miterbe einen bestimmten Anteil an den einzelnen Gegenständen des Nachlasses habe und nur nicht über diesen verfügen dürfe." Die von Dernburg behandelte Frage kann einzig und allein aus dem Wesen der Gemeinschaft zur gesamten Hand beantwortet werden. Stellt man sich auf den Standpunkt, es sei der Unterschied zwischen dieser Gemeinschaft und dem Miteigentum nach Bruchteilen darin zu erblicken, daß den einzelnen Gesamthändern kein Anteil an den einzelnen Gegenständen der Gemeinschaft zusteht, sondern nur ein Anteil an dem Gesamtvermögen,[1]) dann wird man der Entscheidung des Kammergerichts zustimmen müssen. Gesellt man sich dagegen zu denen, die annehmen, es stehe den einzelnen Gesamthändern ein entsprechender ideeller Anteil an den einzelnen Gegenständen zu, nur sei dieser Anteil bei Bestand der Gemeinschaft für die Zwecke der Gemeinschaft dinglich gebunden und komme während der Dauer der Gemeinschaft nicht zum Ausdruck, dann wird man sich der Meinung des OLG. Kolmar anschließen müssen. Wie aus den oben zitierten Ausführungen in den Protokollen erhellt, sollten im BGB. die Streitfragen nicht gelöst werden und sie sind tatsächlich nicht gelöst worden. Ehe sich eine feste oberstrichterliche Praxis gebildet haben wird, wird daher jedenfalls noch eine Reihe widersprechender Urteile ergehen. Der bayerische oberste Gerichtshof hat sich in der bereits oben erwähnten Entscheidung sowie in einem Beschluß vom 4. Juli 1902 — Bd. III S. 607 der Sammlung — und einem weiteren vom 13. Januar 1903 — Bd. IV S. 28 — auf den Standpunkt gestellt, daß es dem Wesen der Erbengemeinschaft wie überhaupt der Gemeinschaft zur gesamten Hand widerspreche, wenn man dem Miterben einen bestimmten Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen zugestehe. In dem Beschluß vom 27. Mai 1903 heißt es wörtlich: „Diese Auffassung" — sc. der Miterbe habe einen bestimmten Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen — „entspricht nicht dem der Gemeinschaft zur gesamten Hand zugrunde liegenden Gedanken. Die Gemeinschaft zur gesamten Hand ist eine ganz andere Gemeinschaft wie die Gemeinschaft nach Bruchteilen. Man kann insbesondere nicht sagen, daß der Anteil, der dem Miterben am Nachlasse zusteht, zugleich den Anteil darstellt, der ihm an einzelnen Nachlaßgegenständen zusteht. Die einzelnen Nachlaßgegenstände befinden sich infolge der Vererbung nicht im Miteigentume, sondern im Gesamteigentume der Erben. Der Vertrag, durch den ein im Gesamteigentume der Erben befindliches Grundstück in das Alleineigentum eines Erben übertragen wird, enthält, wie in der Rechtspflege anerkannt ist, eine Verfügung über das ganze Grundstück." Die bayerische Praxis wird sich jedenfalls dieser Meinung anschließen, die in der Tat auch die richtige sein wird.

Gepr. Rechtspraktikant Teutsch in Nürnberg.

---

**Sind zukünftige Forderungen abtretbar?** Zweck dieser Zeilen ist nicht, nochmals in eine Untersuchung der Frage einzutreten. Viele werden sagen: „Roma locuta, causa finita", und werden in Zukunft an der vom Reichsgericht zuletzt gebilligten Ansicht festhalten. Es soll nun an einem Beispiel aus der Praxis gezeigt werden, zu welchen sonderbaren Ergebnissen die unbeschränkte Zulassung der Abtretung einer in Zukunft möglicherweise entstehenden Forderung gegen einen zurzeit noch völlig unbekannten Schuldner führt. Die beiden Urteile des RG. vom 26. und 29. April 1904 (Jur. Wschr. 1904, 365, 30, D. Jur.Z. 745, 64) halten zwar den Grundsatz der unbeschränkten Abtretbarkeit aufrecht, doch scheint die Hoffnung einer Umkehr durch diese beiden Urteile etwas Nahrung erhalten zu haben. Der Gastwirt K. hatte von dem

[1]) So z. B. Planck, Komm. z. BGB., 1. u. 2. Aufl., Bd. V S. 177 Vorbem. zum 4. Titel.



Baumeister W. eine Wirtschaft gepachtet. Der Pächter war mit der Zahlung des Pachtschillings längere Zeit im Rückstande geblieben und wurde deshalb vom Verpächter ernstlich zur Zahlung aufgefordert. Darauf sagte der Pächter K.: „Warten's nur noch Samstag und Sonntag, was ich einnehmen tue, kriegen's dann." W. entgegnete: „Ja, es ist gut." In der Nacht vom Sonntag auf Montag war die Einnahme des Wirtes gepfändet worden. Trotzdem hatte W. diese für sich verlangt und erhalten. Die Klage des Pfandgläubigers gegen W. auf Herausgabe der Einnahme im Betrage von 86 Mk. wurde in 2. Instanz abgewiesen. In den Worten des K. und W. hat das Landgericht als Berufungsgericht eine Vereinbarung erblickt, durch welche mit dinglicher Wirkung die Forderungen des K. gegen die am Samstag und Sonntag in die Wirtschaft kommenden Gäste an den W. abgetreten waren. Das Berufungsgericht stellte sich damit im Gegensatz zum Amtsgericht, welches hierin lediglich ein Versprechen des Schuldners, die Einnahmen abzuliefern, erblickt hatte. Das mit Recht. In der Regel wird ja nur ein pactum de cedendo vorliegen, oder ein näher begründetes Zahlungsversprechen. Glaubt man aber die Abtretung zukünftiger Forderungen nicht entbehren zu können, so sind auch hier „certi denique fines", einzuhalten und man muß verlangen, daß die Person des Debitor cessus wenigstens halbwegs bekannt, die Forderung aber z. Z. der Abtretung wenn auch nicht bestimmt, so doch bestimmbar ist. Andernfalls wird Lug und Trug großgezogen, denn die Anfechtung der Abtretung wird nur zu oft mißlingen, womit nicht gesagt sein soll, daß auch hier ein betrügerisches Verhalten vorhanden gewesen sei. Vorliegendenfalls mangelte es nicht nur an einer genügenden Bestimmtheit der behaupteten Vereinbarung, sondern an allem, was ein Rechtsverhältnis zu begründen vermag. Der „Gläubiger" K. hatte z. Z. der Abtretung noch an keinen Menschen eine Forderung, es war völlig unbekannt, wer etwa am Samstag und Sonntag die Wirtschaft des K. besuchen werde, es lag außer aller Möglichkeit, die voraussichtliche Höhe der Zeche jedes einzelnen Gastes zu berechnen. Deshalb hatte K. dem W. auch nur gesagt, er bekomme, was er einnehme, Ende des Monats ginge das Geschäft wieder besser. Die angeblichen „Forderungen" entbehrten durchwegs jeder Bestimmbarkeit. Das Berufungsurteil hat diese Einwände auch gar nicht zu widerlegen versucht, sondern es sagt: es „muß die zwischen K. und dem Beklagten W. getroffene Abrede dahin aufgefaßt werden, daß nach der Willenseinigung der Vertragsteile für den Beklagten ein selbständiges Recht geschaffen werden sollte, die Einnahmen des 29. und 30. November von der Kellnerin Sch. zu verlangen, und daß der Beklagte W. an Stelle des Gastwirtes K. als Gläubiger gegenüber der *Kellnerin* eintreten sollte; § 398 BGB.". Dieser Satz verblüfft, wenn man die frühere Stelle berücksichtigt, in der im Anschluß an die Entsch. d. RG. in Str.S. 34, S. 39[12] die Kellnerin als Gewerbegehilfin im Sinne der §§ 611, 675 BGB. erachtet wird. Sie war also nach § 855 BGB. gar nicht als Drittschuldnerin zu betrachten; dadurch, daß sie das Geld einnahm, war es in den unmittelbaren Besitz und das Eigentum des K. selbst gekommen, so daß von einem Forderungsrechte des K. gegen die Sch. unmöglich die Rede sein kann. Dieser Sprung war aber angesichts des ungreifbaren Forderungsrechtes des K. gegen die seinerzeitigen Gäste notwendig, sonst wäre die ganze Abtretung nicht konstruierbar gewesen. So aber hat K., und das ist logisch nicht möglich, nach Anschauung des Gerichts jenen „obligatorischen Herausgabeanspruch" — dies soll der Anspruch gegen die Sch. sein — an W. abgetreten, „welcher ihm gegen sich selbst auf Herausgabe seines Eigentums, das er selbst im Besitze hatte, an sich selbst zustehen soll".[1])

Rechtsanwalt Dr. *Fischer* in Augsburg.

---

**Darf in Zivilsachen die Vornahme eines Augenscheins von der Erlegung eines Kostenvorschusses abhängig gemacht werden?** Ohne Zweifel kann das Prozeßgericht nach § 84 GKG. bei Anordnung eines Augenscheins von der Partei, die den Augenschein beantragt hat, einen entsprechenden Vorschuß verlangen. Dies geschieht, soweit mir bekannt, stets in der Weise, daß in den Beweisbeschluß die Formel aufgenommen wird: „Die Vornahme des Augenscheins wird von der Erlegung eines Auslagenvorschusses in Höhe von x Mark durch die .... Partei abhängig gemacht." Es wird also nicht nur ein Vorschuß verlangt, sondern zugleich erklärt, daß bei Nichtzahlung die Einnahme des Augenscheins unterbleibt. Dieses Verfahren ist m. E. nicht einwandfrei. § 84 GKG. räumt lediglich dem Prozeßgericht das Recht ein, „bei jedem Antrag auf Vornahme einer Handlung, mit welcher bare Auslagen verbunden sind, einen zur Deckung derselben hinreichenden Vorschuß von dem Antragsteller zu fordern." Die Frage, wie sich das Verfahren gestaltet, wenn die zahlungspflichtige Partei den Vorschuß nicht zahlt, ist in der CPO. geregelt. § 379 II a. a. O. bestimmt, daß die Zeugenladung unterbleibt, wenn der Vorschuß nicht rechtzeitig hinterlegt wird. § 402 l. c. erklärt diese Bestimmung auch für den Beweis durch Sachverständige für anwendbar. Enthielte § 84 GKG. die

---

[1]) Für die Bejahung der Frage der Abtretbarkeit zukünftiger Forderungen haben sich ausgesprochen: RG. 29. September 1903, Bd. 55, 334[83]; RG. 26. April und 29. April 1904 d. Jur.Z. 9, 705[64] und 698[62] — Jur. Wschr. 1904, 365[30]; Heuer d. Jur.Z. 8, 28; Abrahamsohn d. Jur.Z. 8, 343; v. Thur d. Jur.Z. 9, 426; Dernburg, BR. II, S. 303; OLG. Naumburg, Recht 6, 234; OLG. Dresden 28. April 1902 Annalen des OLG. 24, 114; Hamburg an Dritte, S. 433, für die Verneinung: RG. 28. Oktober 1881, Gruch.B. 26, 956 (in der Rassowschen Sammlung I, Nr. 36) Bolze 7, 1206; Seuff. Arch. 40, 471; 45, 106; Bl. f. RA. 60, 37; Rehbein E. d. Ob. Tr. II, 254; Förster-Eccius § 99 S. 65, Jahrb. f. Dogmatik 24, 261; Eccius d. Jur.Z. 9. 54; Lippmann d. Jur.Z. 9, 255; Windscheid-Kipp II, 361; Schollmeyer, Komment. § 398 a 2 arg. Scherer II, 329; Strauß d. Jur.Z. 8, 342; Endemann, 8. Aufl., I, 865; Enneccerus Lehmann, BR. I, § 222: Crome, Bd. II, S. 198; Eccius in Gruchots Beitr. 48, 465. Rehbein, Kommentar zum BGB. II, 382, stellt den Satz auf, daß zukünftige Forderungen abtretbar sind, sobald nur ihr Gegenstand bestimmt oder bestimmbar ist. Als Fälle der Unübertragbarkeit nennt er „den künftigen Tagelohn eines Tagesarbeiters (das Lohnbeschlagnahmegesetz kam damals noch nicht in Betracht), Forderungen für Fuhren, die in späterem Zeitpunkt an eine Gesellschaft geleistet werden". Es ist deshalb unschwer zu ersehen, daß eine Bestimmbarkeit der Person des Schuldners und der Höhe nebst Bestimmtheit des Rechtsgrundes der zukünftigen Forderung notwendig verlangt werden muß, will man nicht ins Uferlose geraten.

Bestimmung, daß die Vornahme einer mit Auslagen verknüpften Prozeßhandlung von der Zahlung eines Vorschusses abhängig zu machen ist, so wäre § 379 II der CPO. wohl überflüssig. Auch Gaupp-Stein scheint die Ansicht zu vertreten, daß die Frage, was zu geschehen habe, wenn der geforderte Vorschuß nicht einbezahlt wird, auf Grund der Bestimmungen der CPO. zu entscheiden ist. Denn er führt auf S. 818 aus: „Hat das Gericht unterlassen, die Ladung von der Leistung des Vorschusses abhängig zu machen, so kann es immer noch nach § 84 des GKG. den Vorschuß einfordern, aber ohne die Wirkung des § 379.“ Ist die hier vertretene Ansicht richtig, dann muß wohl auch das Prozeßgericht, welches auf Antrag einer Partei Augenschein und Zeugenbeweis anordnet, für den letzteren einen gesonderten Vorschuß ansetzen und kann nur von dessen Hinterlegung die Ladung abhängig machen. Ob die vorwürfige Frage schon zur Entscheidung gekommen, ist mir nicht bekannt.

Rechtsanwalt Börger in Schwabmünchen.

# Aus der Praxis der Gerichte.

## Reichsgericht.

### I.

**Umfang der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt.** Am 4. Mai 1902 wurde die Klägerin in A., als sie an dem Laden des Beklagten vorbeiging, von dem heftig aufgestoßenen Flügel der Ladentüre getroffen, stürzte zu Boden und wurde erheblich verletzt. Sie machte den Beklagten für das Verschulden des Lehrlings haftbar, der die Türe aufgestoßen habe, und für sein eigenes Verschulden, das darin bestehe, daß er die Ladentüre in einer die Vorübergehenden gefährdenden Weise habe anbringen lassen und sie trotzdem, daß er darauf aufmerksam gemacht worden sei, beibehalten habe. Sie erhob demgemäß auf Grund der §§ 831 und 823 BGB. Klage. Diese wurde in 1. und 2. Instanz abgewiesen. Das Reichsgericht hob das Urteil der 2. Instanz am 15. Dezember 1904 auf.

Aus den Gründen: Das Berufungsgericht stellt auf Grund des Befundes und des Gutachtens von Sachverständigen fest, daß die Art des Türverschlusses nach der Art der ordnungsmäßigen Oeffnung des Zurückschlagens und des Grades der Beweglichkeit der Flügel nichts Gefährdendes an sich habe. Hiernach bliebe als gefährdend nur die Einrichtung, daß die bei der Oeffnung und der Bewegung gegen die Wand das Trottoir bestreichenden Flügel nach außen schlagen, von innen geöffnet und bei unvorsichtiger Oeffnung einen Vorübergehenden treffen können. In der Aufstellung des Erfordernisses der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt liegt auch eine Beschränkung zugunsten dessen, von dem die Sorgfalt gefordert wird. Es soll nicht mehr von ihm gefordert werden, als was nach allgemeinen Verkehrsanschauungen von einem anständigen, vorsichtigen Mann verlangt zu werden pflegt. Wenn Einrichtungen, die bei ordnungsmäßiger Behandlung nichts Gefährdendes haben, unbeanstandet von Polizei und Publikum bestehen, so darf man ohne besonderen Anlaß ihre Belassung nicht schon deshalb als eine Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erachten, weil die Einrichtung bei nicht ordnungsmäßiger Behandlung jemanden gefährden könnte. Oertliche Gewohnheiten erscheinen hier schon aus dem Grunde von Bedeutung, weil, wenn solche Einrichtungen allgemein bestehen, die bei unvorsichtiger Handhabung gegebenenfalls Gefährdeten mit den Einrichtungen vertraut sind und bei der Annäherung selbst eine gewisse Vorsicht üben. Uebrigens bestehen derartige Einrichtungen nicht bloß an kleinen Orten, sondern an alten Häusern auch in den größten Städten. In der Verwendung und dem Bestehenlassen einer solchen Einrichtung allein kann somit ein Verschulden des Ladeninhabers nicht erblickt werden, vorausgesetzt, daß sie mit der den auf dem Trottoir Verkehrenden gegenüber erforderlichen Vorsicht gebraucht, also bei der Oeffnung der Ladentüre ordnungsmäßig und vorsichtig unter Vermeidung jeder Gefährdung der Vorübergehenden verfahren wird. Daß eine solche einfache, bei der gehörigen Aufmerksamkeit ohne Schwierigkeit auszuführende Verrichtung einem Bediensteten und als eine untergeordnete Verrichtung auch einem Lehrling übertragen werden darf, sofern er nach seinen persönlichen Eigenschaften und seinem Verhalten die erforderliche Gewähr für den ordnungsmäßigen Vollzug bietet, kann einem Zweifel nicht unterliegen.... (Es wird dann ausgeführt, daß noch nicht ausreichend festgestellt sei, ob der Beklagte den Lehrling richtig eingewiesen und überwacht habe.) H.

### II.

**Zu § 313 BGB.** Die Wiederaufhebung eines Grundstückskaufes ist an die Form des § 313 nicht gebunden; sie kann auch durch schlüssige Handlungen erfolgen; doch müssen diese dem anderen Teil gegenüber vorgenommen werden.

Aus den Gründen: Die Ausführungen des Berufungsrichters sind in mehrfacher Hinsicht irrtümlich. Allerdings kann die Wiederaufhebung eines Grundstückskaufvertrages formlos erfolgen, da § 313 BGB. hierauf keine Anwendung findet und es genügen daher auch stillschweigende Willenserklärungen der Parteien; letztere sind indessen, insofern sie sich aus Vertragsangebot und Vertragsannahme zusammensetzen, empfangsbedürftige Willenserklärungen. Es müssen also die Handlungen, in denen der stillschweigende Willensausdruck gefunden wird, der anderen Partei gegenüber vorgenommen sein. Die Erfüllung dieser Bedingung lassen die Vorgänge, die der Berufungsrichter als Grundlage für die Feststellung der Vertragsaufhebung heranzieht, vermissen. Denn die Nichtanfechtung des die Eigentumseintragung ablehnenden Gerichtsbeschlusses und die Rückforderung des nicht verbrauchten Kostenvorschusses sind keine dem Beklagten gegenüber vorgenommenen Handlungen der Frau E. und ebensowenig kann andererseits die Weiterveräußerung der Grundstücke an einen Dritten und die Bekämpfung der von einem Gläubiger der Frau E. ausgehenden Mietzinspfändung als ein an die Adresse der Frau E. gerichtetes Handeln des Beklagten aufgefaßt werden. (Urt. des 5. C.S. vom 12. November 1904. V. 202/04.)

Mitgeteilt von Amtsrichter Dr. Warneyer in Dresden.

## Oberstes Landesgericht.

### A. Zivilsachen.

### I.

**Zuständigkeit des Beschwerdegerichts, wenn die Entscheidung Gebühren betrifft, die auf Grund reichs- und landesgesetzlicher Vorschriften angesetzt sind** (Gerichtskostenges. §§ 4, 23, 41, 101). Der bei dem Landgerichte anhängig gewordene Rechtsstreit, der die Anfechtung eines von den Parteien über den Tausch ihrer Hausgrundstücke geschlossenen Vertrags zum Gegenstande hatte, wurde durch einen zu Protokoll des Prozeßgerichts festgestellten Vergleich beigelegt. Für die Aufnahme des Vergleichs setzte der Gerichtsschreiber als Gebühren an: 260 Mk. nach § 23 Abs. 2 des Gerichtskostengesetzes, ferner 1740 Mk. und 174 Mk. (sog.

Mutationsgebühren) auf Grund des § 101 des GKG. in Verbindung mit den Vorschriften der Landesgesetze über das Gebührenwesen. Gegen den Ansatz dieser landesgesetzlichen Gebühren erhob die zahlungspflichtige Partei Erinnerungen und nach ihrer Zurückweisung durch das Prozeßgericht Beschwerde an das Oberlandesgericht. Dieses hielt sich nicht für zuständig und legte die Akten dem Obersten Landesgerichte als dem für die Entscheidung zuständigen Gerichte vor. Das Oberste Landesgericht lehnte es ab, in der Sache zu entscheiden.

Aus den Gründen: Es handelt sich um den Ansatz von Gebühren für einen vom Prozeßgericht aufgenommenen, zur Beilegung des Rechtsstreits geschlossenen Vergleich der Prozeßparteien, also um eine prozessuale Handlung der Parteien und um einen Akt der prozeßgerichtlichen Tätigkeit. Dies ergibt sich aus den Vorschriften der §§ 81, 98, des § 160 Abs. 2 Nr. 1, des § 510 und des § 794 Abs. 1 Nr. 1 der CPO. ferner aus § 23 Abs. 2 und den §§ 41, 101 des GKG. An dieser rechtlichen Natur des von dem Prozeßgericht aufgenommenen Vergleichs ändert auch der Umstand nichts, daß der Vergleich ein Rechtsgeschäft, ein Vertrag im Sinne des bürgerlichen Rechtes ist, sein Begriff und seine Wirkungen also zunächst durch dieses (BGB. § 779) bestimmt werden (Gaupp-Stein, CPO. 4. Aufl. Bd. 1 S. 322, Bd. 2 S. 505, 506; Seuffert, CPO. 8. Aufl. Bd. 2 S. 434—438). Die Annahme des Oberlandesgerichts, daß für die Entscheidung darüber, welches Gericht als Beschwerdegericht zuständig ist, der Art. 46 des Gesetzes über das Gebührenwesen maßgebend sei, ist verfehlt, da es sich nicht um Gebühren handelt, die für die gerichtliche Tätigkeit in einer Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit gefordert werden, der Art. 46 aber sich im ersten, „Allgemeine Bestimmungen“ enthaltenden Abschnitte der Abteilung IV des Gesetzes befindet, die von „Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit“ handelt. Nicht zutreffend ist auch die Annahme des Oberlandesgerichts, daß, da das Landgericht bei der Aufnahme des Vergleichs „eine Art notarieller Tätigkeit“ entfaltet habe, die Beschwerde als eine weitere im Sinne des Art. 49 des erwähnten Gesetzes aufzufassen sei. Die landesgesetzlichen Vorschriften über Erinnerungen und Beschwerden gegen den Ansatz von Gebühren unterscheiden nur zwischen Gebühren, die bei einem Gericht oder einem Gerichtsvollzieher in Ansatz gebracht werden (Art. 44, 46) und Gebühren, die bei einem Notariat anfallen (Art. 47 des angeführten Gesetzes). Um den Gebührenansatz eines Notariats handelt es sich aber im vorliegenden Falle nicht; für die Beurkundung von Rechtsgeschäften sind die Landgerichte — abgesehen von ihrer Befugnis zur protokollarischen Feststellung von Vergleichen der Prozeßparteien — schon nach Reichsrecht schlechthin unzuständig. Selbst dann, wenn das Oberlandesgericht den Art. 46 des Gebührengesetzes mit Recht für anwendbar hätte erachten dürfen, würde die Ablehnung seiner Zuständigkeit dennoch nicht gerechtfertigt sein, da das Oberste Landesgericht dem Landgerichte gegenüber nicht „das im Instanzenzuge zunächst höhere“ Gericht ist, das nach Satz 2 des Art. 46 über die Beschwerde zu entscheiden hat. Auch die vom Oberlandesgericht angenommene Anwendbarkeit des Satzes 3 des Art. 46 ist ausgeschlossen. Es liegt keiner der Fälle vor, in denen ausnahmsweise das Oberste Landesgericht nach § 199 Abs. 2 des GFG. für die Entscheidung über die zulässige weitere Beschwerde gegen eine landgerichtliche Entscheidung zuständig ist. Bei dieser Sachlage braucht nicht untersucht zu werden, ob die Ansicht zutreffend sein würde, daß im Falle des § 101 des GKG., wenn sich die Beschwerde nur gegen den Ansatz des Mehrbetrags einer landesgesetzlich bestimmten Gebühr richtet, die Vorschriften des § 4 des GKG. nicht anwendbar sind (Entsch. des RG. vom 6. Juli 1897, Jur. Wschr. 1897 S. 467 Nr. 28). Sie würde allerdings zu dem Ergebnisse führen, daß, wenn der Vergleich vom Amtsgericht als Prozeßgericht oder nach § 510 der CPO. zuständig gewordenem Gericht aufgenommen ist und die Beschwerde sich gegen den gesamten Gebührenansatz, also sowohl gegen den auf Grund des GKG. (§ 23 Abs. 2, § 41) als gegen den auf Grund des Landesgebührengesetzes erfolgten Ansatz von Gebühren richtet, für das Verfahren auf die Beschwerden und für die Zuständigkeit der Beschwerdegerichte zum Teile die Vorschriften des Gerichtskostengesetzes, zum Teile die des Gesetzes über das Gebührenwesen maßgebend sein müßten, so daß für die Entscheidung über die weitere Beschwerde zu deren einem Teile das Oberlandesgericht (CPO. § 568), zu deren anderem Teile das Oberste Landesgericht (Art. 49 Abs. 2 des Gesetzes über das Gebührenwesen) zuständig sein und auch die Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit der weiteren Beschwerde verschiedenen Normen unterliegen würde (s. einerseits § 568 Abs. 2 der CPO., andererseits Art. 49 Abs. 1 des Gesetzes über das Gebührenwesen). Ob eine solche Spaltung des Verfahrens auf die Beschwerde und eine solche mehrfache Zuständigkeit von Beschwerdegerichten bei der Entscheidung über eine einheitliche Beschwerde für zulässig erachtet werden könnte, mag hier dahingestellt bleiben, da das Oberste Landesgericht in keinem Falle zuständig ist, über die vorliegende erste Beschwerde zu entscheiden, sei es, daß man ausschließend den § 4 des GKG., sei es, daß man nur den Art. 46 des Gebührengesetzes oder beide Gesetzesvorschriften nebeneinander in dem vorausgesetzten Falle für anwendbar hält. (Beschluß [2. ZS.] vom 14. November 1904. Rg. V Nr. 45 1904.)

Mitgeteilt von L. Kunkel, Rat am Obersten Landesgerichte.

II.

**Art. 203, 206 Einf.G. z. BGB. Recht und Pflicht geschiedener Eltern, für die Person der gemeinschaftlichen Kinder zu sorgen. § 1776, Abs. 1 Nr. 1 BGB. Letztwillige Benennung als Vormund? § 57 Abs. 1 Nr. 9 GFG. Beschwerderecht der geschiedenen Mutter, welcher die Sorge für die Person des Kindes zusteht, bei Bestellung eines nicht geeigneten Vormundes.** Der im Jahre 1904 verstorbene L. hinterließ aus seiner ersten ohne Schuldausspruch geschiedenen Ehe mit der jetzt wiederverehelichten Sch. eine im Jahre 1892 geborene Tochter M. In seinem Testamente hatte er seine zweite Ehefrau als alleinige Erbin eingesetzt, die M., die bei ihm verblieben war, mit einem Vermächtnisse bedacht, ferner bestimmt, 1. daß die Verwaltung des von ihm der M. zugewendeten Vermögens ihrer Mutter nicht zustehen, sondern daß hiefür ein Vormund bestellt, und 2. daß die M. der Obhut und Erziehung seiner zweiten Ehefrau unterstellt, im Falle deren Ablebens aber der N. anvertraut werden solle. Die Sch. erhob Klage gegen die Witwe L. auf Herausgabe der M. Das Vormundschaftsgericht fand in der Bestimmung Ziff. 2 die Benennung der Witwe L. als Vormund der M. und bestellte sie dazu. Der hiegegen gerichteten sofortigen Beschwerde der Sch. wurde stattgegeben, die sofortige weitere Beschwerde der Witwe L. zurückgewiesen.

Gründe: Das Rechtsverhältnis zwischen der Sch. und ihrer Tochter M. bestimmt sich in Gemäßheit des Art. 203 EG. zum BGB. nach dessen Vorschriften. Die wiederverheiratete Mutter hat also nach § 1697 BGB. das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen, sie ist aber zur Vertretung des Kindes nicht berechtigt und der Vormund des Kindes hat, soweit ihr die Sorge zusteht, die rechtliche Stellung eines Beistandes. Solange beide Eltern lebten, waren nach Art. 206 EG. bezüglich des Rechtes und der Pflicht der geschiedenen Eltern, für die Person des Kindes zu sorgen, an Stelle des § 1635 Abs. 1 Satz 1 BGB. die bisherigen Gesetze maßgebend geblieben; das Inkrafttreten des BGB. sollte, wie in den Moti-

ven zum Entw. I. des EG. S. 294 gesagt ist, nicht einen Wechsel in der Person des zur Erziehung berechtigten Elternteiles mit sich bringen, der in vielen Fällen als ein rücksichtsloser Eingriff in vielleicht schon lange bestehende Verhältnisse empfunden werden würde. Mit dem Tode des Vaters ist die Regelung der Sorge für die Person des Kindes, die durch die Scheidung der Ehe erforderlich geworden war, hinweggefallen, das Recht des Vaters ist erloschen, für das Rechtsverhältnis zwischen der Mutter und dem Kinde sind die Vorschriften des BGB. zur vollen Wirksamkeit gelangt. Durch letztwillige Verfügung des Vaters konnte hieran nichts geändert werden. Die Mutter, die der Vormund bei der Sorge für die Person des Kindes in Gemäßheit des § 1689 BGB. nicht nur zu überwachen, sondern auch zu unterstützen hat, hat ein berechtigtes Interesse daran, daß zum Vormund eine Person bestellt wird, die zur Wahrnehmung der dem Vormund in Ansehung der Sorge für die Person des Kindes obliegenden Pflichten geeignet ist, von der insbesondere ein gedeihliches Zusammenwirken mit ihr erwartet werden kann. Sie ist deshalb nach § 57 Abs. 1 Nr. 9 GFG. berechtigt, die Bestellung eines nicht geeigneten Vormundes mit Beschwerde anzufechten (vgl. Entsch. in Ang. d. freiw. Gerichtsb. u. d. Grundbuchr. Bd. 2 S. 113, Rechtspr. d. OLG. Bd. 7 S. 205, Komm. z. GFG. von Rausnitz S. 279 Bem. 5, Schultze-Görlitz S. 131, Josef § 57 Anm. 14.) Das Beschwerdegericht hat mit Recht in der Anordnung, die der Vater des Mündels in Ziff. 2 seines Testaments getroffen hat, eine Benennung seiner zweiten Ehefrau als Vormund nicht gefunden. Während in Ziff. 1 ausdrücklich von der Bestellung eines Vormundes gesprochen wird, ohne daß eine bestimmte Person benannt wird, bestimmt der Vater in Ziff. 2 nur über „Obhut und Erziehung" der Tochter M., er gibt seinen Willen kund, wie es mit der tatsächlichen Sorge für die Person der Tochter M. gehalten werden soll, aber er denkt nicht daran, seine zweite Frau und gegebenen Falles die N. zur Vormundschaft zu berufen, sie insbesondere als die Personen zu bezeichnen, welchen die nach § 1793 BGB. einen wesentlichen Bestandteil des Amtes des Vormundes bildende Vertretung der Mündel übertragen werden soll. Trotz der Feststellung, daß die Witwe L. nicht nach § 1776 Abs. 1 Nr. 1 BGB. als Vormund berufen ist, hätte das Beschwerdegericht die Beschwerde der Sch. zurückweisen müssen, wenn es die Witwe L. als eine zur Führung der Vormundschaft geeignete Person im Sinne des § 1779 Abs. 2 BGB. ansah. Es mußte deshalb auch auf die Frage eingehen, ob die zum Vormunde bestellte Person sich zur Führung der Vormundschaft eignet. Seine Annahme, daß der zwischen Mutter und Stiefmutter schwebende Rechtsstreit wegen Herausgabe des Kindes einem gedeihlichen Zusammenwirken der Mutter und der Stiefmutter bei der Sorge für die Person des Kindes nicht förderlich sei, daß es im Interesse des Mündels liege, einen bei dieser Angelegenheit unbeteiligten Vormund zu haben, und daß es nicht zweckmäßig sei, einen Vormund zu bestellen, der mit dem Mündel in vermögensrechtlichen Beziehungen steht, die alsbald die Bestellung eines Pflegers erforderlich machen, beruht auf vernünftigen Erwägungen und läßt eine unrichtige Auffassung des § 1779 Abs. 2 BGB. nicht erkennen. (Beschl. I. CS. Reg. III 6/1905 v. 10. Febr. 1905.)

Mitgeteilt von E. Ublagger, Rat am Obersten Landesgerichte.

## B. Strafsachen.

### I.

**Aufsuchen von Warenbestellungen (§§ 44, 44a, 55 Ziff. 2 Gew.O.); Hausiersteuergesetz.** A. nahm außerhalb des Ortes der Niederlassung seiner Firma nach mitgeführten Mustern Bestellungen auf Waren entgegen, nachdem die Firma zuvor sein Erscheinen durch die Zeitung bekannt gegeben hatte. Dabei war A. nur im Besitze einer Legitimationskarte, nicht eines Wandergewerbescheines; auch war eine Steuer vom Gewerbebetrieb im Umherziehen nicht entrichtet worden. Von der Anklage aus Art. 1 Ziff. 3 und 16 des Gesetzes vom 10. März 1879, 20. Dezember 1897 über die Besteuerung des Gewerbebetriebes im Umherziehen (G. u. VBl. 1897 S. 423 ff.) wurde A. — und ebenso die mitangeklagte Firmeninhaberin — in den beiden ersten Instanzen freigesprochen mit der Begründung, daß er von den durch die Zeitungen verständigten Personen aufgesucht worden sei und von diesen Bestellungen nach Mustern entgegengenommen, somit nicht Warenbestellungen bei Privaten ohne vorgängige Aufforderung aufgesucht habe; infolgedessen habe er nur einer Legitimationskarte, nicht eines Wandergewerbescheins bedurft und der Betrieb sei daher auch nicht der erwähnten Steuer unterworfen. Diese Auffassung des § 44 Abs. 3 Gew.O. bezeichnet das Oberst. LG. als irrig: Das Aufsuchen von Warenbestellungen werde allerdings gewöhnlich darin bestehen, daß der Gewerbetreibende Kauflustige aufsuche, um von ihnen Bestellungen entgegenzunehmen; es stehe aber begrifflich und nach dem Wortsinn nichts entgegen, auch in der Einladung an die Kauflustigen, bei dem Einladenden Bestellungen außerhalb des Gemeindebezirks seiner gewerblichen Niederlassung zu machen, ein Aufsuchen von Warenbestellungen zu finden. Denn auch in solchen Fällen sei die vom Gewerbetreibenden entfaltete Tätigkeit auf dieses Ziel gerichtet; wenn sie auch vielleicht weniger erfolgreich sei als das persönliche Aufsuchen der Käufer, so sei immerhin eine auf Erzielung von Bestellungen gerichtete Tätigkeit, das ist ein Aufsuchen von solchen, gegeben; das Gesetz spreche von Aufsuchen von Bestellungen, nicht vom Aufsuchen der Kauflustigen (vgl. auch Samml. Bd. I S. 98; Landmann, Gew.O., 4. Aufl., Bd. I S. 447 f. Note 9 und hier zit.) — (Urt. vom 30. Januar 1905, Rev.-Reg. 404/04).

Mitgeteilt von B.A.Assessor Dr. Schmidt im Min. des Aeußern.

### II.

**Veranstalten öffentlicher Lustbarkeiten** (Karusselle, Musikaufführungen): **Art. 32, 33 PStGB. und Allerh. VO. vom 3. Juli 1868** (Reggsbl. S. 1161). A. hatte in einem allgemein zugänglichen Wirtschaftsgarten ein Karussel aufgestellt und für dessen Benützung Eintrittsgeld erhoben; B. hatte in einer Wirtschaft gegen Bezahlung Musikstücke aufgeführt. Beide wurden nach § 8 Abs. 2 der angeführten Verordnung — ersterer auf Grund des Art. 32 Abs. 1 Ziff. 2, letzterer auf Grund des Art. 33 PStGB — verurteilt. In den Entscheidungsgründen ist ausgeführt, daß zwar nach § 1 der Gew.O. der Betrieb eines Gewerbes (abgesehen von gewissen Ausnahmen) freigegeben sei und deshalb dem § 4 jener Verordnung, der die Zulassung zum Gewerbebetrieb durch Erteilung eines Erlaubnisscheines betroffen habe, keine Gültigkeit mehr zukomme. Dagegen könne die Art der Ausübung eines Gewerbes in Ergänzung reichsgesetzlicher Bestimmungen — insbesondere des § 32b Gew.O. — auch durch Landesrecht beschränkt werden. Eine solche polizeiliche Beschränkung enthalte § 8 Abs. 2 jener Verordnung; dessen Vorschrift finde auch auf solche Personen Anwendung, die an sich zur Ausübung eines Gewerbes berechtigt seien, also auch auf die, welche ihre Berechtigung aus § 1 Gew.O. herleiten. (Urteile vom 27. Okt. 1903 (Samml. Bd. IV S. 95) und vom 22. Nov. 1904, Rev.Reg. Nr. 293/04).

Mitgeteilt von B.A.Assessor Dr. Schmidt im Min. des Aeußern.

## Oberlandesgericht München.

**Einfluß einer Einstellung der Vollstreckung auf die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseids.** L. lud den M. zur Leistung des Offenbarungseids auf Grund

eines vollstreckbaren Urteils des Landgerichts N. vom 21. März 1903. Mit Schriftsatz vom 15. Dezember 1904 erklärte der Vertreter des M., daß dieser am 9. Januar 1904 den Eid in andrer Sache geleistet habe. Diesen Einwand wiederholte er im Termine vom 17. Dezember 1904. Der klägerische Vertreter behauptete, daß M. neues Vermögen erworben habe, da er seine Frau kürzlich auf Grund eines vollstreckbaren Urteils zum Offenbarungseide habe laden lassen. Es wurde auf 7. Januar 1905 vertagt. Im neuen Termin war nur B. vertreten. Es erging Haftbefehl gegen M. Am 17. Januar erhob dieser Beschwerde; er brachte vor, daß das Landgericht N. am 15. Januar 1905 die Vollstreckung aus seinem Urteil vom 21. März 1903 eingestellt habe. Die Beschwerde wurde verworfen. Auf weitere Beschwerde wurden die Beschlüsse der Vorinstanzen aufgehoben und der Antrag auf Haftbefehl zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Es kann dahingestellt bleiben, ob der Anschauung beizupflichten ist, daß schriftliche Einwendungen trotz Nichterscheinens des Schuldners im Termine zu berücksichtigen seien (so Seuffert Bem. e zu § 901 CPO. im Gegensatze zu Gaupp-Stein u. a.); denn der Schriftsatz vom 15. Dezember 1904 stützt sich nur auf die Behauptung, daß M. im Januar 1904 den Eid geleistet habe; diese Tatsache hat aber durch die Glaubhaftmachung neuen Vermögenserwerbs ihre Wirkung verloren. Erheblich ist dagegen die Tatsache, daß die Vollstreckung aus dem Urt. vom 21. März 1903 eingestellt ist. Das Landgericht hält sie für belanglos, weil die Einstellung erst nach Erlassung des Haftbefehls erfolgt sei. Dabei ist übersehen, daß nach § 570 CPO. die Beschwerde auch auf neue Tatsachen gestützt werden kann. Tatsächlich würde zwar dem Rechte des M. aus dem Beschlusse vom 15. Januar 1905 auch dadurch Rechnung getragen werden können, daß der Haftbefehl nicht vollzogen wird. Es widerspräche aber dem Zweck des gerichtlichen Verfahrens, eine Verfügung in dem Augenblicke zu treffen, in dem ihre Unzulässigkeit, wenigstens zurzeit, feststeht. Was für die Erlassung einer Verfügung gilt, trifft auch für ihre Bestätigung in der Beschwerdeinstanz zu. (Beschl. vom 1. Februar 1905.) ———n.

## Oberlandesgericht Zweibrücken.

**Kann das im Widerspruchsverfahren nach §§ 936, 925 CPO. ergehende Endurteil die angegriffene einstweilige Verfügung durch eine andere (z. B. eine Vormerkung durch ein Veräußerungsverbot) ersetzen?** Durch einstweilige Verfügung (Beschluß) hatte das Landgericht zur Sicherung eines Anfechtungsanspruchs auf Rückgewähr eines vom Arrestschuldner veräußerten Hauses und Duldung der Zwangsvollstreckung in dieses die Eintragung einer Vormerkung in das Grundbuch angeordnet. Durch das den Widerspruch des Anfechtungsgegners verwerfende Endurteil wurde die einstweilige Verfügung insoferne geändert, als statt der Vormerkung die Eintragung eines bis zum Austrage des Anfechtungsstreites dauernden Verbotes der Weiterveräußerung verfügt wurde. Die Berufung, mit der die Aufhebung sowohl des Endurteils als der vorausgegangenen einstweiligen Verfügung begehrt wurde, wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen: §§ 935, 940, 938 CPO., §§ 883—888 BGB. geben es dem Gerichte anheim, das Vorliegen der gesetzlichen Erfordernisse zu prüfen und die nach seinem freien Ermessen zur Sicherung dienlichen Maßnahmen anzuordnen; innerhalb des dem Gerichte zustehenden Prüfungsrechtes liegt auch das Ermessen, ob der glaubhaft gemachte Tatbestand auf Grund der im Antrage etwa bezeichneten Rechtsschutzvorschrift oder auf Grund einer anderen Bestimmung gleichartigen Charakters den Erlaß einer einstweiligen Verfügung rechtfertigt — Gaupp, Vorbem. über Arrest und einstweilige Verfügung Nr. 3 und die in Anm. 18 angezogene E. d. RG. in Seuff. Arch. Zweifellos wäre hiernach der Erstrichter berechtigt gewesen, bei seiner ersten Entscheidung über das auf den § 885 BGB. gestützte Gesuch von der beantragten Anordnung einer Vormerkung abzusehen und beim Vorliegen der Erfordernisse der §§ 935 oder 940 CPO. auf Grund eines dieser Paragraphen durch einstweilige Verfügung das Verbot der Weiterveräußerung zu erlassen. Diese Befugnis blieb aber auch im Widerspruchsverfahren. Es hatte zwar die Gläubigerin kein Recht des Widerspruchs, mittels dessen sie eine Abänderung der erwirkten Verfügung hätte erreichen können. Nachdem aber der Schuldner den Widerspruch erhoben hatte, wurde dadurch bewirkt, daß die Sache nunmehr auf Grund des mündlichen Vorbringens beider Parteien von neuem zu prüfen und zu entscheiden war, wie wenn auf das Gesuch hin die mündliche Verhandlung sofort angeordnet worden wäre und eine Beschlußentscheidung überhaupt nicht inmitte läge. E. d. RG. in Jur. Wschr. 1882 S. 260 Nr. 16; 1887 S. 96 Nr. 12; 1889 S. 42 Nr. 8. Der Erstrichter war hiernach auch im Widerspruchsverfahren berechtigt, nach Verneinung der Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung auf Grund des § 885 BGB. eine solche Verfügung auf Grund des § 935 ff. CPO. zu erlassen, wenn der vorgetragene Tatbestand die hierzu benötigten Erfordernisse als gegeben erscheinen ließ. Gegenteiliges kann aus der Bestimmung des § 925 CPO. nicht gefolgert werden. Die behauptete Einschränkung des Abänderungsrechtes ist im Texte des Gesetzes nicht zum Ausdruck gebracht. Entsprechend dem Spielraume, welchen das Gesetz bei der einstweiligen Verfügung — anders als bei den Arresten — dem Gerichte läßt, kann aber eine entsprechende Anwendung des § 925 nur dazu führen, den Rahmen der möglichen Abänderung zu erweitern. Wollte man aber selbst dem Abänderungsrechte die Grenze ziehen, daß der Widerspruch zu keiner dem Widersprechenden nachteiligeren Verfügung führen kann — Petersen-Anger (4. Aufl.) zu § 925 Anm. 2 a. E. — so wäre für diesen doch kein Grund zur Beschwerde gegeben. Denn durch ein Verbot der Veräußerung konnte wie durch eine Vormerkung für die Gläubigerin nichts anderes bewirkt werden, als daß ihr das Recht gesichert blieb, für ihre im Gesuche bezeichnete Forderung in das Grundstück, auch wenn es in den Händen eines Dritten sich befände, die Zwangsvollstreckung zu betreiben. Eine wirksame Vormerkung hätte daher keine geringere Beschwerung für den Schuldner zur Folge gehabt, wie das an deren Stelle getretene Verbot der Veräußerung — vgl. § 136, 135², 888 BGB. (Urteil vom 28. Dezember 1904.)

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Lunglmayr in Zweibrücken.

## Oberlandesgericht Nürnberg.

**Privatrechtliche Natur der Kirchenbaulast.** Das Landgericht hat klagegemäß erkannt, daß die beklagte Kirchengemeinde E. einschließlich der in sie eingepfarrten Parochianen bei allen Baufällen an den protest. Kultusgebäuden zu E. Hand- und Spanndienste zu leisten habe. Die Berufung wurde verworfen. Aus den Gründen des rechtskräftigen oberlandesgerichtlichen Urteils: Gegenüber der auf das PLR. Tl. II Tit. 11 § 714, 789 und Tit. 12 § 37 gestützten Klage behauptet Beklagte in zweiter Instanz die Unzulässigkeit des Rechtswegs und beruft sich auf die Entsch. des Verw.GH. vom 31. Oktober 1902, worin ausgeführt ist, daß die Herstellung und Unterhaltung der einem Kirchenverband angehörenden Kultusgebäude eine Zweckbestimmung des Kirchenvermögens bilde, daß die Erfüllung dieser Baupflicht im öffentlichen Interesse liege, daß auch die Kirchengemeinde im öffentlichen Interesse die Aufgabe habe, zur Bestreitung von Kirchenbedürfnissen beizutragen und daß zur Entscheidung der Frage, ob eine Kirchengemeinde Hand- und Spann-

dienste zu leisten habe, die Verwaltungsbehörden zuständig seien, weil die an die Zugehörigkeit zum Pfarrverbande als ein öffentlichrechtliches Verhältnis angeknüpfte Bestimmung des § 714 a. a. O. öffentlichrechtlich sei. Diese Entscheidung und die daselbst angezogene Literatur ist nicht geeignet, die Einrede, deren Zulässigkeit in zweiter Instanz nach § 524 CPO. außer Zweifel steht, zu begründen. Nicht zu verkennen ist, daß die Entscheidung, die in Ziff. 1 Abs. 2 als den Gegenstand des Streites zwischen den Beteiligten nur den Umfang der Verpflichtung zu unentgeltlicher Leistung von Hand- und Spanndiensten bezeichnet, insoferne von der früheren Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes und der Gerichte prinzipiell abweicht, als sie die in § 714 Tl. II Tit. 11 PLR. aufgestellte Rechtspflicht als „öffentlichrechtlich" erachtet. Diese Anschauung steht jedoch im Widerspruch mit der konstanten Rechtsprechung der Gerichte und der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs. Von dem Bayreuther Rechte und dem preuß. Landrechte, in deren Geltungsgebiet die Streitsache spielt, wird die Kirchenbaulast als „privatrechtliches Verhältnis" aufgefaßt (vgl. Arnold, Beiträge zum deutschen Privatrecht, Bd. II S. 158, 193, Samml. d. bayr. Entsch. in Civ., Bd. V S. 574, Bd. X S. 15, Bd. XIV S. 810 u. a.) In diesen Entscheidungen ist ausgeführt, daß die Konkurrenzpflicht dritter zu den Baukosten von Kirchengebäuden nicht öffentlichrechtlich, sondern privatrechtlich sei. Von der gleichen Anschauung gehen die Urteile des Kompetenz-Konfliktsenats vom 19. Juli 1859, 17. Oktober 1859, 25. April 1877, (vgl. Schmidt, kirchenrechtliche Entsch. Bd. II Nr. 592, 593, 564) und die Entsch. d. Verw.GH. in Bd. I S. 310, Bd. II S. 9, 255, Bd. III S. 234 ff. aus. Bei diesem Charakter des Baupflichtverhältnisses und mit Rücksicht auf die bestehenden landesrechtlichen Kompetenzbestimmungen, (die Kompetenzverordnung vom 16. Dezember 1816, Döll. VO.-Samml. Bd. XI S. 1400, die VO. vom 1. Oktober 1830, Döll. VO.-Samml. Bd. XI S. 1422 und den Landtagsabschied vom 29. Dezember 1831 Z. 46 GBl. 1831 S. 102) ist bei Baulaststreitigkeiten, mögen sie zwischen einer Kirchenstiftung und einer Kirchengemeinde oder einem dritten bestehen, die Entscheidung über die Baulastpflicht den Gerichten zugewiesen, während die Verwaltungsbehörden nach Feststellung der Baupflicht durch richterliches Urteil oder Anerkenntnis über Differenzen innerhalb der Kirchengemeinde über Teilnahme an den Umlagen zu entscheiden haben. Auch die Bestreitung des Umfanges der Baulast an einem Kultusgebäude durch eine Kirchengemeinde ist ein vor den Gerichten auszutragender Streit über die Kultusbaupflicht (Entsch. d. Verw.GH. Bd. XII S. 481). Der abweichenden Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs vom 31. Oktober 1902 kann um so weniger entscheidende Bedeutung beigemessen werden, als ja dieser Gerichtshof gerade in der vorwürfigen Sache, nämlich in dem dem Prozesse vorausgegangenen Verwaltungsrechtsstreite zwischen der Kirchenstiftung E. und den zur Kirchengemeinde E. gehörigen 68 Filialisten von W. am 9. November 1894 ausgesprochen hat, daß die Baulast an Kultusgebäuden ein privatrechtliches Verhältnis sei und daß die Entscheidung des Streites über die Verbindlichkeit zur unentgeltlichen Leistung von Hand- und Spanndiensten nicht den Verwaltungsbehörden, sondern den Gerichten zustehe. Daher erachtet das Berufungsgericht die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs als unbegründet. Das Schicksal des Rechtsstreits hängt demnach in der Hauptsache, da die durch § 714 Tit. 11 Tl. II des PLR. festgesetzte regelmäßige Verpflichtung der Parochianen zur Leistung von Hand- und Spanndiensten nicht bestritten werden kann und nicht bestritten ist, lediglich davon ab, ob die Beklagte, wie sie einredeweise geltend macht, von dieser gesetzlichen Verpflichtung durch eine gegenteilige ununterbrochene Gewohnheit oder durch den Eintritt der erlöschenden Verjährung seit Einführung des preuß. Landrechts befreit ist. Bezüglich der ersten Einrede macht die Beklagte geltend, daß schon von dem am 1. Januar 1796 erfolgten Inkrafttreten des preuß. Landrechts in den fränkischen Provinzen sich ein Herkommen dahin gebildet habe, daß die Parochianen von der Leistung von Hand- und Spanndiensten befreit gewesen seien. Ebenso habe sich auch nach Einführung des preuß. Landrechts ein solches Herkommen bilden können und angesichts der bis in die neueste Zeit immer wiederkehrenden Bezahlung von Hand- und Spanndiensten aus dem Kirchenvermögen tatsächlich gebildet. Nun kann es angesichts der Bestimmung des § 710 a. a. O. nicht zweifelhaft sein, daß Gewohnheiten, die sich bis zur Einführung des preuß. Landrechts gebildet hatten und wodurch die Baupflicht zwischen Kirchenstiftung, Patron und Kirchengemeinde geregelt war, primär maßgebend sind und daß die Bestimmungen des preuß. Landrechts nur subsidiär gelten. Als derartige Gewohnheit kommt jedoch nur eine Regelung in Betracht, die von dem bestehenden Rechte oder Gesetze abweicht, im gegebenen Falle eine von dem gemeinen Rechte abweichende Regelung. Bis 1. Januar 1796 hat in E. neben dem Bayreuther Provinzialrecht, das keine Bestimmung über Hand- und Spanndienstleistung enthält, subsidiär das gemeine Recht gegolten, demzufolge die baupflichtige Person, als welche hier primär die Kirchenstiftung und subsidiär der Patron (Fiskus) in Betracht kommt, stets auch für Hand- und Spanndienste aufzukommen hatte. Diesen Bestimmungen wurde bis 1. Januar 1796 nachgelebt und es kann daher von der Bildung einer gegenteiligen ununterbrochenen Gewohnheit bis 1. Januar 1796 keine Rede sein. Mit der durch Patent vom 29. November 1795 erfolgten Einführung des preuß. Landrechts in den fränkischen Fürstentümern Bayreuth und Ansbach wurde am 1. Januar 1796 das gemeine Recht aufgehoben und bezüglich der Verpflichtung zur unentgeltlichen Leistung von Hand- und Spanndiensten trat die in § 714 a. a. O. aufgestellte Regel ein, daß bei Landkirchen, als welche die Kirche in E. mit ihren 10 eingepfarrten politischen Landgemeinden in Betracht kommt, in jedem Falle ohne Unterschied die Hand- und Spanndienste unentgeltlich von den Eingepfarrten zu leisten sind. Wenn die Beklagte unter Bezugnahme auf die Ausnahmebestimmung des § 710 a. a. O. geltend macht, es habe sich auch nach Einführung des preuß. Landrechts eine gegenteilige Gewohnheit bilden können und gebildet, so ist dies unrichtig. Maßgebend in dieser Richtung ist das erwähnte Patent vom 29. November 1795 (abgedruckt in Kumpf, Ges. Stat. S. 171 I—III und Einl. z. PLR. §§ 1—3 und § 60). In Ziff. II des Patents ist hervorgehoben, daß bisher wohlhergebrachte Gewohnheiten, sofern sie gehörig bescheinigt werden, vorderhand ihre Kraft und Gültigkeit behalten. Daraus ergibt sich im Zusammenhalt mit den bezeichneten Bestimmungen, insbesondere § 60 der Einleitung, daß die Bildung neuer Gewohnheiten ausgeschlossen ist. Auf diesem Standpunkte steht die Rechtsprechung der bayrischen Gerichte ausnahmslos und Burkhardt sagt in seiner Schrift über die Kirchenbaulast S. 164, woselbst die einschlägigen zahlreichen oberstrichterlichen Entscheidungen zitiert sind, ausdrücklich „daß nach Einführung des preuß. Landrechts die Bildung einer gegenteiligen Gewohnheit, eines Herkommens gar nicht mehr möglich sei (vgl. auch Arnold, Beiträge z. d. Privatrechte Bd. I S. 3). Da sich bis 1. Januar 1796 entgegengesetzte Gewohnheiten nicht bildeten und nach diesem Zeitpunkte nicht mehr bilden konnten, so ist die Einrede ungerechtfertigt. (Es folgt dann die Ausführung, daß auch die Einrede der erlöschenden Verjährung des Grundes entbehre.) (Urteil vom 25. Mai 1904.) H.

## Oberlandesgericht Augsburg.

**Dauer der Zuständigkeit des Gerichts der Zweigniederlassung im Falle des § 3 Satz 2 des Wettbewerbgesetzes vom 29. Mai 1896 mit § 942 Abs. 1 CPO.** Das Amtsgericht A. hat am 26. Februar 1903 auf den Antrag des Vereins zum Schutze von Handel und Industrie in A. eine einstweilige Verfügung, zugestellt der Beklagten am 22. Dezember 1903, dahin erlassen, daß der offenen Handelsgesellschaft S. & Comp. in St. mit Zweigniederlassung zu A. bei Meidung einer Geldstrafe verboten wurde, eine öffentliche Ausschreibung zu erlassen, daß bei dieser Zweigniederlassung ein Totalausverkauf wegen vollständiger Geschäftsaufgabe erfolge und daß bis zu 60% unter dem früheren Verkaufspreise verkauft werde. Zugleich wurde dem Antragsteller eine Frist bis 15. Januar 1904 einschl. bestimmt, in welcher er die Beklagte zur mündlichen Verhandlung über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung vor das Gericht der Hauptsache zu laden habe. Demzufolge ließ der Anwalt des Vereins mit Schriftsatz vom 11. Januar 1904, zugestellt dem gegnerischen Prozeßbevollmächtigten am 13. desselben Monats und der Beklagten selbst am 14. desselben Monats, diese zur mündlichen Verhandlung vor das Landgericht A. laden. Im Termine vom 24. Februar 1904 verweigerte der Vertreter der Beklagten die Verhandlung zur Hauptsache und machte die Einrede der Unzuständigkeit geltend. Hierauf erließ das Landgericht nach gepflogener Verhandlung am 16. März 1904 Zwischenurteil dahin, daß die Einrede der Unzuständigkeit verworfen werde, und daß die Kosten des Verfahrens dem Endurteile vorbehalten bleiben. Auf eingelegte Berufung hat aber das Oberlandesgericht Augsburg, II. CS., am 11. Juni 1904 den Antrag der Klagspartei vom 11. Januar 1904, die einstweilige Verfügung für gerechtfertigt zu erklären, wegen Unzuständigkeit des Landgerichts A. kostenfällig abgewiesen und zwar aus folgenden Gründen: Nach § 942 CPO. hat das Gericht der Hauptsache über die Rechtmäßigkeit der vom Amtsgerichte auf Grund der eventuellen Bestimmung des § 3 des Ges. vom 27. Mai 1896, den unlauteren Wettbewerb betr., erlassenen einstweiligen Verfügung zu entscheiden. Gericht der Hauptsache ist dasjenige Gericht, welches zur Entscheidung über den Anspruch berufen ist, welcher unmittelbar durch die einstweilige Verfügung geschützt werden sollte (RG. Bd. 4 S. 407, Bd. 45 S. 348). Vorwürfigen Falls ist dieser aus § 1 Abs. 1 des Wettbewerbgesetzes abgeleitet. Sachlich zuständig war für ihn das Landgericht, weil der Wert des Streitgegenstandes von der Klagspartei ohne Widerspruch des Gegners auf 1000 Mark angegeben wurde. Oertlich ist nach § 2 des Wettbewerbgesetzes ausschließlich dasjenige Gericht zuständig, in dessen Bezirk die Beklagte ihre gewerbliche Niederlassung hatte. Unbestritten ist ihre Hauptniederlassung in St., so daß in erster Linie das Landgericht St. als Gericht der Hauptsache in Betracht kommt. Allein auch das Landgericht A. mußte, solange die Beklagte daselbst eine Zweigniederlassung hatte, als Gericht der Hauptsache erachtet werden; denn unter Niederlassung nach § 2 des Wettbewerbgesetzes ist nicht nur die Hauptniederlassung sondern auch jene Zweigniederlassung zu verstehen, auf deren Geschäftsbetrieb sich der unlautere Wettbewerb bezieht (RG. Bd. 44 S. 361). Unbestrittenermaßen beziehen sich aber die von der Klagspartei beanstandeten Ausschreibungen auf die Filiale der Beklagten zu A. Dagegen konnte das Landgericht A. als Gericht der Hauptsache von dem Zeitpunkte an nicht mehr in Betracht kommen, zu welchem die Zweigniederlassung verkauft wurde. Der Erstrichter scheint auch von dieser Anschauung ausgegangen zu sein und nur eine Ausnahme für das Justifikationsverfahren gemacht zu haben, indem er annahm, daß mit der Einreichung des Antrags auf Erlassung der einstweiligen Verfügung beim Amtsgerichte die Zuständigkeit des Gerichts der Hauptsache für das Rechtfertigungsverfahren festgelegt worden sei. Dieser Annahme kann sich aber das Berufungsgericht nicht anschließen; denn: a) Zwischen jenem Amtsgerichte und dem Gericht der Hauptsache besteht keineswegs ein gleicher Zusammenhang, wie zwischen dem Gerichte der ersten und der Berufungsinstanz, vielmehr ist die Zuständigkeit des Amtsgerichts nach § 3 des Wettbewerbgesetzes und des Gerichts der Hauptsache ganz selbständig ohne Unter- oder Ueberordnung, das Gericht der Hauptsache kann ebensogut ein Amtsgericht sein, die den Anspruch begründende Handlung kann außerhalb der gewerblichen Niederlassung oder des Wohnsitzes des Beklagten begangen sein; ebendeshalb aber kann die Anrufung des Amtsgerichts, in dessen Bezirk die Handlung begangen wurde, auf die Frage, welches Gericht nach § 2 des Wettbewerbgesetzes als Gericht der Hauptsache zu erachten, keinen Einfluß haben (Reincke, CPO. 5. Aufl. § 943 Anmerkung 1a). Auch kann hieran die Bezugnahme auf das Mahnverfahren nichts ändern, weil hier die Rechtshängigkeit bei einem bestimmten Landgerichte erst dadurch eintritt, daß bei demselben die Klage erhoben wird (vgl. Seuffert, CPO. Aufl. 8 zu § 697 n. 2a). b) Die Tätigkeit des nach § 3 des Wettbewerbgesetzes zuständigen Amtsgerichts ist nur provisorisch und verfolgt nur den Zweck, den status quo solange aufrecht zu erhalten, bis das Gericht der Hauptsache tätig werden kann (RG. Bd. 13 S. 324); die Tätigkeit des letzteren aber ist ganz selbständig, so daß es veränderten Umständen Rechnung tragen und die einstweilige Verfügung selbst dann bestätigen kann, wenn das Amtsgericht gar nicht zuständig war (Jur. Wschr. 1886 S. 391). c) Die Rechtshängigkeit bei dem Gericht der Hauptsache tritt erst mit der Ladung ein, weshalb, trotzdem vor dem Amtsgerichte für den Gegner bereits ein Prozeßbevollmächtigter aufgetreten war, an den Gegner selbst zugestellt werden kann (Gaupp, CPO. Aufl. 5 zu § 942 n. 9, Petersen, CPO. Aufl. 4 zu § 942 Anmerkung 5 n. 2). Demgemäß kann für die Zuständigkeit des Gerichts der Hauptsache nur der Zeitpunkt der Ladung vor dieses Gericht maßgebend sein (Gaupp, CPO. Aufl. 5 zu § 942 n. 7; Reincke, CPO. Aufl. 5 § 943 Anm. Ia). d) Die Bestimmung des § 942 CPO. bezweckt, abweichende Beurteilungen möglichst zu verhindern, weshalb es dem Willen des Gesetzgebers widersprechen würde, für das Bestätigungsverfahren ein Gericht zuzulassen, vor welchem der Anspruch selbst schon im Zeitpunkte der Ladung zur Verhandlung über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung nicht mehr geltend gemacht werden kann. Muß nun aber angenommen werden, daß die Zuständigkeit des Bestätigungsgerichts sich nach dem Zeitpunkte der Ladung vor dasselbe bestimmt, so fragt es sich nur noch, ob am 13. Januar 1904 als dem Tage der Ladung vor das Landgericht A. noch eine Zweigniederlassung der Beklagten in A. bestand oder nicht. In dieser Hinsicht aber ist das Berufungsgericht auf Grund der vorliegenden Beweisbehelfe zu der Feststellung gelangt, daß die Zweigniederlassung über den 5. Januar 1904 nicht mehr bestanden hat, weshalb die Einrede der Unzuständigkeit sich als begründet darstellt.

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Donle in Augsburg.

## Landgericht Nürnberg.

**Das in § 4a des Lohnbeschlagnahmegesetzes vom 21. Juni 1869 / 29. März 1897 zugunsten des unehelichen Kindes festgesetzte Pfändungsvorzugsrecht geht auf die Erben des Kindes über.** Auf die Klage des Kindes J. S., unehelich der M. W. geb. S., gegen N. wegen Unterhaltsleistung hat das K. Amtsgericht N. am 3. Oktober 1899 ein vorläufig vollstreckbares Anerkenntnisurteil auf Zahlung von 3 Mk. wöchentlich erlassen. Laut

Erbscheins des Amtsgerichts N. ist das Kind am 2. Januar 1900 gestorben und von seiner Mutter beerbt worden. Beglaubigte Abschrift des Urteils sowie der Erbschein wurden dem Schuldner N. zugestellt. Am 21. November 1904 hat die Mutter M. W. beim Amtsgerichte N. beantragt, zugunsten eines Unterhaltsbeitragsrestes zu 69 Mk. je 3 Mk. für die Woche an der Lohnforderung des Schuldners gegen die Firma N. in H. zu pfänden und die gepfändete Forderung ihr zur Einziehung zu überweisen. Das Amtsgericht hat den Antrag abgewiesen, da das im § 4a des Lohnbeschlagnahmegesetzes vom $\frac{\text{21. Juni 1869}}{\text{29. März 1897}}$ zugunsten des unehelichen Kindes festgesetzte Pfändungsvorzugsrecht nicht auf die Erbin des Kindes übergehe. Hiegegen hat die Gläubigerin sofortige Beschwerde eingelegt. Es wurde ihr stattgegeben.

Aus den Gründen: Es ist richtig, daß § 4a des erwähnten Gesetzes als Ausnahme strikt auszulegen ist. Allein im vorliegenden Falle handelt es sich nicht um Auslegungsfragen, sondern um Anwendung positiver Bestimmungen. Da das Kind am 2. Januar 1900 gestorben ist, sind auf seine Beerbung die Grundsätze des BGB. anzuwenden. (Art. 213 EG. z. BGB.). Hiernach tritt der Erbe mit dem Tode des Erblassers kraft Gesetzes in die Gesamtheit der Rechtsverhältnisse des Erblassers, insbesondere in seine Vermögensrechte ein. Die M. W. ist also mit dem Tode ihres Kindes Gläubigerin des N. geworden und zwar hat sie die Forderung mit allen Vorzugsrechten erworben, die mit ihr im Falle der Zwangsvollstreckung verbunden sind (§§ 412, 401 Abs. 2 BGB.). Nur, wenn die zugunsten des Kindes im § 4a des Lohnbeschlagnahmegesetzes statuierte Vergünstigung als höchst persönliches Recht des Kindes angesehen werden müßte, wäre sie von dem Uebergang ausgeschlossen. Allein dies ist nicht der Fall, da dieses Vorzugsrecht nicht ein privilegium personae, sondern causae ist (s. Seuff. Arch. Bd. 36 S. 49 Nr. 88; vgl. Bl. f. RA. Erg. Bd. 15 S. 227 und Rechtspr. d. OL. Bd. 6 S. 423, ferner § 62 des Unterstützungswohnsitzgesetzes vom $\frac{\text{6. Juni 1870}}{\text{12. März 1894}}$ und hiezu Rechtspr. der OLG. Bd. 5 S. 454). (Beschluß vom 3. Dezember 1904.) (M.)

## Aus der Praxis des bayer. Verwaltungsgerichtshofs.

**Zum Begriff Lagerkeller.** Der Bierbrauer A. hatte — zugleich mit einem Schankwirtschaftsgesuch — bei einem Bezirksamt den Antrag gestellt, anzuerkennen, daß ihm das Recht zustehe, auf seinem Lagerkeller sein eigenes Erzeugnis an Bier ohne gewerbepolizeiliche Erlaubnis auszuschänken (vgl. Art. 9 Buchst. b Ziff. 1 des bayer. Gew.G. vom 30. Januar 1868: GBl. 1866/1869 S. 310, mit RG. v. 12. Juni 1872 § 1 Abs. 2. und RG. vom 23. Juli 1879 Art. 3 Abs. 2: RGBl. 1872 S. 170, 1879 S. 267). Das Bezirksamt sprach jedoch beschlußmäßig aus, daß dem Keller des A. die Eigenschaft eines Lagerkellers nicht zukomme. Zur Verbescheidung der auch gegen den Senatsbescheid der Regierung, K. d. J., erhobenen Beschwerde erklärte sich der Verwaltungsgerichtshof zuständig; er begründete dies damit, daß die vorliegende Tat- und Rechtsfrage nicht selbständig und losgelöst von einem konkreten Gesuche um eine Wirtschaftsgenehmigung, sondern gleichzeitig mit einem solchen Gesuche, dessen letztinstanzielle Bescheidung ihm nach § 40 Abs. 2 der Gew.O. in dem in §§ 20, 21 vorgesehenen Verfahren durch Art. 8 Ziff. 8 des Verw.Ger.HG. zugewiesen ist, seiner Würdigung unterbreitet wurde und hiebei jene Frage einen Präjudizialpunkt bildet. Allerdings hätte das Bezirksamt, als sich die Frage des Bierausschankrechtes des A. ergeben, vorerst strafrechtliche Einschreitung nach § 147 Ziff. 1 Gew.O. veranlassen und so zunächst die Strafgerichte zu einer Stellungnahme veranlassen können; durch ein solches Vorgehen würde die Möglichkeit einer Kollision zwischen der Rechtsprechung der Strafgerichte, denen die Entscheidung dieser Frage als eines Inzidentpunktes im Strafverfahren zustehe, mit der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, denen die Entscheidung derselben Frage als eines Inzidentpunktes in einer Verwaltungsrechtsache zustehe, vermieden worden sein. Allein nachdem das Bezirksamt diesen Weg nicht eingeschlagen und ebenso wie die Regierung verwaltungsrechtlich entschieden habe, könne sich der Verwaltungsgerichtshof auf die erhobene Beschwerde hin der verwaltungsrechtlichen Nachprüfung der Frage nicht entziehen. In Uebereinstimmung mit der Rechtsprechung der Gerichte (vgl. OLG. München in Str. Bd. 3 S. 408, Bd. 5 S. 158, Bd. 6 S. 9, Urteil des Oberst. LG. v. 11. November 1903 im ABl. des Min. des Innern 1903 S. 413) erkannte der Verwaltungsgerichtshof als „Lagerkeller" nur einen solchen Keller an, der nicht mit dem Bräuhaus verbunden und dort eingebaut ist und der die Eigenschaft sowie den Zweck hat, zur Einlagerung von Bier — gleichviel ob Sommer- oder Winterbier — bis zur völligen Reife zu dienen, wobei es von Belang ist, daß der Keller nach den Verhältnissen der Brauerei für ihren Betrieb als Lagerkeller notwendig ist und nicht etwa bloß zum Schein oder zur Umgehung des Gesetzes hergestellt wurde. Diese Eigenschaften besaß der Keller des A. nach den Gutachten der als Sachverständige einvernommenen Bierbrauer nicht. (Entsch. vom 7. Dez. 1904 Nr. 11 II.)

Mitgeteilt von B.A.Assessor Dr. Schmidt im Min. des Aeußern

## Aus den amtlichen Blättern.

**Reichsgesetzblatt:** Nr. 3 S. 7. Bek. v. 4. II. 05 betr. Aenderung des § 51 Abs. 2 u. der Anl. B der Eisenbahn-Verk.-Ordg.

**Gesetz- und Verordnungsblatt:** Nr. 7 S. 29. Bek. v. 3. II. 05, Errichtung von Filialen der K. Bank in Kaiserslautern u. Rosenheim betr. — Nr. 8 S. 31. Bek. v. 4. II. 05, den Staatsvertr. über neue Eisenbahnverbindungen zwischen Bayern und Oesterreich betr. — S. 41. Bek. v. 10. II. 05, die gemeinsch. Hinterlegungsstellen in Kirchheimbolanden, Kusel, Homburg und Pirmasens betr. — S. 41. Bek. v. 10. II. 05, Bek. das Hinterlegungswesen in Rosenheim betr.

**Amtsblatt der K. St.-M. des K. Hauses und des Aeußern und des Innern:** Nr. 4 S. 36. Entschl. v. 18. I. 05, Vollzug des RG. v. 30. III. 03, Kinderarbeit in gewerb. Betr. betr. — S. 47. Entschl. v. 28. I. 05, das gewerb. Genossenschaftswesen betr. — S. 50. Bek. v. 19. I. 05, Stat. über die Wahlen für die Kaufmannsgerichte betr.

## Literatur.

**Strohal Dr. Emil**, Universitätsprofessor in Leipzig. Das deutsche Erbrecht. 3. umgearbeitete und vermehrte Auflage. 2. Bd. Berlin 1904, J. Guttentag, G. m. b. H. Brosch. Mk. 9.—.

Die Bedeutung dieses ausgezeichneten Buchs für die Erforschung des schwierigsten Teils des BGB. ist bekannt genug und bedarf kaum noch besonderer Erwähnung. Es ist nicht nur ein vorzügliches Hilfsmittel für das Studium, sondern auch wegen seiner reichen Kasuistik eine Fundgrube für die Praxis. Besonders bemerkenswert sind in Bd. II die allgemeinen Ausführungen über die vom Gesetze in ein so merkwürdiges Dunkel gehüllten Vorschriften über die Erbenhaftung: sie haben vor allem den formellen Vorzug, daß sie auch für den Durchschnittsjuristen verständlich sind, und sind sachlich so scharf begründet, daß man das schwierige Problem als durch sie gelöst bezeichnen kann. Will man für die wohl in Bälde zu erwartende 4. Auflage den Wunsch nach einer weiteren Verbesserung des Buchs aussprechen, so wäre vielleicht eine ausgiebigere Beleuchtung der Ergebnisse der Rechtsprechung anzuregen.

von der Pfordten.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, II. Staatsanwalt im K. Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

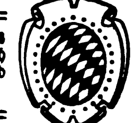
Nr. 7. München, den 1. April 1905. 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).



Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.



## Verhältnis der Miet- und Pachtzinspfändung zur Immobiliarvollstreckung.

Von **Anton Steiner**, Amtsrichter in München.

Bei dem bevorstehenden Inkrafttreten des formellen und materiellen Immobiliarsachenrechts dürfte eine Gegenüberstellung der bisherigen bayerischen und der künftigen Bestimmungen über die Pfändung von Miet- und Pachtzinsforderungen und ihr Verhältnis zur Immobiliarvollstreckung interessieren. Vorauszuschicken sind zwei grundsätzliche Aenderungen, welche die Geltung des ZwVG. mit sich bringen wird.

Die eine besteht darin, daß die Beschlagnahme zum Zwecke der Zwangsversteigerung nicht mehr die Miet- und Pachtzinsforderungen umfaßt, wie sie dies nach Art. 8 bayer. Subh.O. getan hat, daß vielmehr Miet- und Pachtzinse nur durch Zwangsverwaltung immobilisiert werden (welch letztere daher im Gegensatz zu Art. 20 Abs. 2 Subh.O. vielfach neben der Zwangsversteigerung einherlaufen wird, §§ 21 Abs. 2, 148 ZwVG.); die andere darin, daß der Mobiliarvollstreckung in Miet- und Pachtzinsforderungen, welche einer rechtsgeschäftlichen Vorausverfügung im Sinne der §§ 573, 1124 BGB. gleichsteht (RG. vom 28. Mai 1904, Jur. Wschr. 1904 S. 407), entgegen dem Art. 8, 55 Ziff. 2 Subh.O. eine über den Augenblick der Beschlagnahme bzw. des Zuschlags hinausreichende Wirkung und damit ein viel größerer praktischer Wert zukommt.

A. Bisheriges Recht.

1. Die vor dem Tage der Eintragung der (Versteigerungs- wie Verwaltungs-)Beschlagnahme fälligen (gleichgültig, ob vertragsmäßig vorauszahlbaren oder nachträglich zu entrichtenden, ob auf eine Zeit vor der Beschlagnahmeeintragung oder nach derselben treffenden) Miet- und Pachtzinsforderungen unterliegen vor wie nach der Beschlagnahme unbeschränkt der Mobiliarvollstreckung; insbesondere bezieht sich auf sie nicht das Verbot des Art. 20 Abs. 2 Subh.O. (Bl. f. RA. Erg.Bd. 8 S. 343).

Auch eine Widerspruchsklage des Hypothekgläubigers nach § 771 CPO. ist nicht gegeben; denn die Fälligkeit entspricht bei den bürgerlichen Früchten der Absonderung der natürlichen, mit welcher die Haftung für die Hypothek erlischt (Bl. f. RA. a. a. O. S. 345).

2. Vor der Eintragung der Beschlagnahme ist auch die Mobiliarvollstreckung in die noch nicht fälligen Miet- und Pachtzinse zulässig und ergreift, soweit es sich um fortlaufende Bezüge im Sinne des § 832 CPO. handelt, auch die nach der Beschlagnahme anfallenden vorbehaltlich des besseren Rechtes der älteren Hypothekgläubiger (Art. 8, 110, 128, 153 Subh.O.). Diese Erträgnisse können jedoch nach eingetretener Grundstücks-Beschlagnahme von dem Pfändungsgläubiger trotz etwaiger Ueberweisung nicht eingezogen werden, da die Mobiliarzwangsvollstreckung nach Art. 20 Subh.O. einzustellen und die von ihr ergriffenen Miet- und Pachtzinse gemeinschaftlich mit der sonstigen Subhastationsmasse durch das Subhastationsgericht zu verteilen sind. Sie sind also, falls keine älteren Hypothekrechte vorhanden, an den Pfändungsgläubiger auf Grund der Ueberweisung erst mit der Beendigung des Subhastationsverfahrens, bzw. nach Abhaltung des Verteilungstermins in der Zwangsverwaltung — Art. 153, 155 Subh.O. — auszuzahlen.

Werden vom Pfändungsgläubiger Miet- und Pachtzinse eingezogen, die nach der Beschlagnahme fällig wurden, so hat der Verwalter für deren nochmalige Beitreibung zu sorgen (vorausgesetzt, daß Art. 39 Subh.O. beobachtet wurde); die Rückforderung vom Pfändungsgläubiger ist Sache des Hypothekgläubigers (§ 812 ff. BGB.).

Im Falle des Konkurses gehören die Miet- und Pachtzinse aus einer dem Gemeinschuldner gehörigen Liegenschaft zur Konkursmasse, solange nicht ein Absonderungsberechtigter oder Massegläubiger Beschlagnahme erwirkt oder der Konkursverwalter selbst Versteigerungsantrag gestellt hat (Ortenau-Henle S. 58, 505).

Eine Sondervollstreckung durch Pfändung ist auch für die in Ansehung des Grundstücks

Absonderungsberechtigten während des Konkurses nicht zulässig (§§ 14, 47 KO.). Im Falle der weiteren Beschlagnahme werden Miet- und Pachtzinse, welche vor Eintragung der weiteren Beschlagnahme fällig wurden, mit dem Wegfalle der vorausgegangenen Beschlagnahme von der Haftung für die Hypothek frei, sie fallen also dem Subhastaten oder dessen Pfändungsgläubigern zu (bestritten; siehe Ortenau-Henle S. 122, Bl. f. RA. Erg.Bd. 8 S. 346, 347, Entsch. des Obersten Landesg. n. F IV S. 820).

3. Nach erfolgter Beschlagnahme ist die Mobiliarvollstreckung in noch nicht fällige Miet- und Pachtzinse unzulässig (Art. 20 Abs. 2 bayer. Subh.O.), auch eine arrestweise nach § 845 CPO. bewirkte (vgl. Gaupp-Stein Bem. III zu § 865 CPO.).

Auch eine Pfändung, welche für den Fall, daß die Beschlagnahme wieder aufgehoben wird, in der Richtung gegen die Mieter und Pächter als Drittschuldner beabsichtigt würde, fiele unter das Verbot des Art. 20 Abs. 2 Subh.O. (bestritten; a. M. LG. München I i. S. Schrott-Kreb 205/03). Denn eine bedingte Pfändung kennt das Gesetz nicht, die Pfändung einer bedingten Forderung läge aber nicht vor, da diese trotz Beschlagnahme unbedingt dem Subhastaten zusteht. Die Unzulässigkeit kann vom Schuldner, Hypothekgläubiger und Verwalter im Wege des § 766 CPO. geltend gemacht werden.

Im Falle der Aufhebung der Beschlagnahme tritt eine frühere Mobiliarvollstreckung wieder in Kraft.

4. Im Verhältnis zwischen Hypothek- und Pfändungsgläubiger findet im Falle zulässiger Pfändung (Bem. 2) eine Ausscheidung der nach der Eintragung der Beschlagnahme fällig werdenden Miet- und Pachtzinse nach der Zeitdauer des Beschlagnahmeverfahrens nicht statt (Bl. f. RA. 1902 S. 292). Ist also z. B. die Beschlagnahme am 31. Januar 1905 bewirkt (Art. 7 Abs. 2 Subh.O.), so gebühren auch die am 1. Februar 1905 nachträglich fällig werdenden Miet- und Pachtzinse ganz den älteren Hypothekgläubigern, selbst wenn darunter Zinsen sich befinden, welche auf die Zeit vor dem 1. Februar 1905 treffen.

Dagegen wären die am 1. Februar 1905 vorauszahlbaren Miet- und Pachtgelder aus der Subhastationsmasse mit demjenigen Betrag auszuscheiden, welcher auf die Zeit nach dem Zuschlag trifft (siehe 5).

Die Vorschrift des § 1124 Abs. 2 BGB. gilt noch nicht während der Uebergangszeit, da Art. 6 UeGG., § 57 ZwVG. nur Bestimmungen über das Verhältnis zwischen Mieter und Ersteher, nicht zwischen ersterem und Hypothekgläubiger treffen (siehe unter 5; vgl. Staudinger § 1124 Bem. 3; diese Frage unterliegt z. Z. der Entscheidung des Bayr. Oberst. LG.). Es gebühren also in obigem Beispiel nicht etwa die auf die Zeit des ersten und zweiten Kalendervierteljahres 1905 treffenden Miet- und Pachtzinse dem Pfändungsgläubiger.

5. Da eine nach Vorstehendem (2) zulässige Mobiliarvollstreckung während des Subhastationsverfahrens nur eingestellt ist, das Pfandrecht aber gemäß § 832 CPO. auch die nach der Pfändung fällig werdenden Miet- und Pachtzinse ergreift, so vermag es Wirkungen auch über den Zeitpunkt des Zuschlags hinaus gegenüber dem Ersteher zu äußern.

Liegt eine Vorausverfügung über den Miet- und Pachtzins (Pfändung) nicht vor, so sind zwischen Hypothekgläubiger (Subhastationsmasse) und Ersteher die Mietzinse nach dem Zeitverhältnis zu verteilen, sodaß in die Subhastationsmasse nur diejenigen Miet- und Pachtzinse fallen, welche auf die Zeit bis zum Moment des Zuschlags treffen; den Rest erhält der Ersteher (Entsch. des Obersten Landesg. n. F. Bd. II S. 349).

Liegt aber eine Vorausverfügung (Pfändung) vor, so muß sich der Ersteher nunmehr gemäß § 573 Satz 1 BGB., Art. 6 UeGG., § 57 ZwVG. gefallen lassen, daß der Rest der Miet- und Pachtzinse, welcher auf die Zeit vom Zuschlag bis zum Ablauf des zweiten Kalendervierteljahres trifft, von dem auf Grund der Vorausverfügung Berechtigten (Pfändungsgläubiger) an sich gezogen wird (OLG. München vom 27. September 1904 i. S. Hellmuth-Bayer. Hyp.- u. Wechsel-Bank).

B. Künftiges Recht für ein dem Grundbuchrecht unterliegendes Grundstück.

1. Die Fälligkeit hat ihre für die hypothekarische Haftung ausschlaggebende Bedeutung verloren.

Trotz der Fälligkeit der Miet- und Pachtzinse dauert die hypothekarische Haftung gemäß § 1123 Abs. 2 BGB. bei nachträglich zahlbaren Zinsen und nicht erfolgter Beschlagnahme noch ein Jahr lang fort, während die vertragsmäßig vorauszuentrichtenden von der Haftung frei werden, soweit sie nicht auf das zur Zeit der Beschlagnahme laufende und folgende Kalendervierteljahr treffen. Zu beachten ist, daß unter Beschlagnahme im Sinne der §§ 1123 ff. l. c. nur die Anordnung der Zwangsverwaltung (nicht der Versteigerung) zu verstehen ist.

Die Pfändung solcher von der hypothekarischen Haftung befreiten Miet- und Pachtzinse ist gemäß § 865 CPO. auch dann zulässig, wenn Beschlagnahme erfolgt ist.

2. Bis zur erfolgten Anordnung der Zwangsverwaltung des Grundstücks (§§ 146 ff. ZwVG.) ist eine Pfändung der nach Vorstehendem von der hypothekarischen Haftung ergriffenen, fälligen (noch nicht eingezogenen) wie laufenden Miet- und Pachtzinse zulässig (auch zugunsten einer bloß persönlichen Forderung); § 865 Abs. 2 Satz 2 CPO.

Der erfolgten Pfändung kann der Hypothek-

gläubiger auch im Falle der nachfolgenden Anordnung der Zwangsverwaltung nicht widersprechen.

Das Pfandrecht geht vielmehr in Ansehung derjenigen Miet- und Pachtzinse, welche auf das zur Zeit der Anordnung laufende und das nachfolgende Kalendervierteljahr treffen, dem Recht des (älteren) Hypothekgläubigers auch dann vor, wenn dieser die Zwangsverwaltung betreibt (§ 1124 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 BGB.), wobei es wieder gleichgültig ist, ob es sich um vorauszahlbare oder nachträglich zu entrichtende Beträge handelt. Solche Beträge hat nicht der Zwangsverwalter einzuziehen, sie sind vielmehr dem Pfändungsgläubiger zu überlassen, vorausgesetzt, daß dessen Pfandforderung nichts für die Verwaltungsmasse übrig läßt. Dagegen ist die vor der Beschlagnahme erfolgte Pfändung den Hypothekgläubigern gegenüber „unwirksam", soweit es sich um Mietzinse handelt, welche auf eine spätere Zeit als die bezeichneten zwei Kalendervierteljahre treffen. Ihre Unwirksamkeit kann vom Verwalter wie Realgläubiger gemäß §§ 766 und 771 CPO. geltend gemacht werden (Gaupp-Stein § 865 Bem. IV).

**Beteiligt** am Zwangsverwaltungsverfahren ist der Pfändungsgläubiger nicht mehr, solange er nicht sein Recht auf den Ueberschuß der zur Zwangsverwaltungsmasse gehörigen Miet- und Pachtzinse angemeldet und glaubhaft gemacht hat (§ 37 Ziff. 4, § 9 ZwVG.). Die Wirkung der Mobiliarvollstreckung dauert also auch in dieser Beziehung während des Zwangsverwaltungsverfahrens fort.

3. **Von der Anordnung der Zwangsverwaltung an** ist die Pfändung der Miet- und Pachtzinse ausgeschlossen, die Unzulässigkeit der Mobiliarvollstreckung kann im Wege des § 766 CPO. vom Schuldner wie Realgläubiger und Verwalter geltend gemacht werden.

Eine Pfändung ist auch dann nicht mehr zulässig, wenn die Zustellung einer Benachrichtigung nach § 845 CPO. noch vor Anordnung der Zwangsverwaltung erfolgt ist (Gaupp-Stein § 865 Bem. III).

4. Für den Fall des **Konkurses** kommt als Beschlagnahme nur die zugunsten eines Absonderungsberechtigten (oder Massegläubigers) angeordnete Zwangsverwaltung in Betracht, nicht diejenige des Konkursverwalters selbst (§§ 172, 173 ZwVG.). Zur Konkursmasse gehören, wenn die Konkurseröffnung der Beschlagnahme voraus ging, die zwei vierteljährigen Miet- und Pachtzinse des § 1124 Abs. 2 BGB., soweit nicht ein gültiges Pfändungspfandrecht hieran vor der Konkurseröffnung entstanden ist.

5. Dem **Ersteher gegenüber** wirkt wieder die Pfändung gemäß § 573 Satz 1 BGB., § 57 ZwVG., soweit das zur Zeit des Zuschlags laufende und das folgende Kalendervierteljahr in Betracht kommt. (Gegen die Ausdehnung der Pfändung auf weitere Miet- und Pachtzinse steht dem Ersteher die Widerspruchsklage des § 771 CPO. zu.)

Gilt ersteres auch dann, wenn der Ersteher mit dem die Zwangsverwaltung betreibenden **dinglich** Berechtigten identisch ist? Rspr. d. OLG. VIII S. 6 (v. d. Pfordten ZwVG. S. 161) scheint die Frage zu verneinen. Aber die auf die Zeit **nach** dem Zuschlag treffenden Miet- und Pachtzinse gebühren dem Ersteher in seiner Eigenschaft als **Eigentümer** (§§ 56, 90 ZwVG.), nicht etwa vermöge der hypothekarischen Haftung, welche mit dem Zuschlag (weil die Hypothek erloschen, § 91 ZwVG.) aufgehört und sich bloß als Vorzugsrecht am Strichschillinge und an der Verwaltungsmasse (d. h. an dem **bis zum** Zuschlag treffenden Miet- und Pachtzins) fortgesetzt hat. Der **Eigentümer** kann sich aber der Vorausverfügung gegenüber nicht auf § 1124 Abs. 2 BGB. berufen.

Beispiel: Pfändung der Miet- und Pachtzinse aus dem Anwesen A am 31. März 1905, Grundbuchanlegung für A: 1. Mai 1905; Zwangsverwaltung: 3. Mai 1905, Zuschlag in der Zwangsversteigerung: 25. Dezember 1905. Die am 31. März 1905 noch nicht eingezogenen Miet- und Pachtzinse gebühren, soweit sie auf die Zeit bis 30. September 1905 treffen, dem Pfändungsgläubiger, die auf die Zeit vom 1. Oktober bis 24. Dezember 1905 treffenden gehören zur Verwaltungsmasse, die auf die Zeit vom 25. Dezember 1905 bis 31. März 1906 treffenden dem Pfändungsgläubiger; erst von da ab dem Ersteher. Dies auch, wenn der Ersteher als Hypothekar selbst die Zwangsverwaltung betrieben hat.

Hieraus ergibt sich die Wichtigkeit der Pfändung auch für denjenigen dinglich Berechtigten, welcher mit der Möglichkeit zu rechnen hat, selbst das Grundstück zur Rettung seiner Forderung erwerben zu müssen.

C. **Anhängige Subhastationsverfahren.**

Ein vor dem Inkrafttreten des ZwVG. **beantragtes** Immobiliarzwangsvollstreckungsverfahren ist in Bayern nach der Subh.O. und deren Novelle zu erledigen (§§ 1, 15 EG. z. ZwVG.).

Damit bleiben auch diejenigen **materiellen** Wirkungen aufrecht, welche die Immobiliarvollstreckung nach der bayer. Subh.O. auf das Pfändungspfandrecht an Miet- und Pachtzinsen ausübt (RG. Bd. 48 S. 38, Bd. 50 S. 74).

1. Als solche kommt zunächst diejenige des Art. 8 mit 110, 153 Subh.O. in Betracht, wonach die von der (Versteigerungs- wie Verwaltungs-) Beschlagnahme an **fällig werdenden** Miet- und Pachtzinsen ohne Rücksicht auf die vorausgegangene Pfändung immobilisiert werden, wodurch die Beschlagnahme denjenigen dinglich Berechtigten zugute kommt, welche dem Pfändungsgläubiger im Range vorgehen, auch wenn sie selbst nicht die Beschlagnahme betrieben haben (vgl. Entsch. des Obersten Landesg. n. F. IV S. 820).

2. Es müssen in dem anhängigen Verfahren

aber nicht bloß die Vorschriften des Prozeßrechtes, sondern auch diejenigen des materiellen Liegenschaftsrechtes insoweit in Geltung bleiben, als dieses mit dem ersteren zusammenhängt (Planck Art. 192 EG. z. BGB. Bem. 11). Dies gilt insbesondere hinsichtlich des Inhalts der Hypothek und der Ausdehnung der hypothekarischen Haftung auf die Miet- und Pachtzinsforderungen. Ebenso wie ein nach der Subh.O. zu erledigendes Verfahren nichts mit Hypotheken zu tun haben kann, welche ihr inhaltlich unbekannt sind (obgleich sie tatsächlich außerhalb des Verfahrens sich vom Zeitpunkte des Inkrafttretens des Grundbuchrechtes an in Hypotheken neuen Rechtes verwandelt haben, RG. Bd. 50 S. 72), kann umgekehrt nicht die Veränderung des hypothekenrechtlichen Inhalts das Verfahren beeinflussen.

Wenn daher aus § 15 EG. z. ZwVG. folgt, daß auch ein vor dem gedachten Zeitpunkte beantragtes Versteigerungsverfahren in Bayern die Miet- und Pachtzinse immobilisiert, also ihre Haftung für die Hypothek verwirklicht, obwohl dies nach neuem Rechte nicht der Fall ist, muß auch angenommen werden, daß der durch das Verfahren geschaffene Umfang der Immobiliarmasse nicht dadurch alteriert wird, daß die Hypothek im Laufe des Verfahrens (nach Eintritt jenes Zeitpunkts) zusammenschrumpft und z. B. den in § 1124 Abs. 2 BGB. bezeichneten halbjährigen Zins (im Gegensatz zu Art. 8 bayer. Subh.O., § 33 bayer. Hyp.G.) frei läßt.

Beispiel: Pfändung: 23. April 1905, Beschlagnahmeantrag: 30. April 1905, Beschlagnahmewirksamkeit: 2. Mai 1905, Inkrafttreten des Grundbuchrechtes: 1. Mai 1905; die nach dem 2. Mai 1905 fällig werdenden Miet- und Pachtzinse gehören zur Subhastationsmasse, also auch die gemäß des bereits gültigen § 1124 Abs. 2 BGB. an sich dem Pfändungsgläubiger gebührenden Beträge für die Zeit vor dem 2. Mai 1905.

3. Wenn zwar die erste, nicht aber die weitere Beschlagnahme in Ansehung desselben Grundstücks vor dem Zeitpunkt, in welchem das Grundbuch für angelegt erklärt ist, beantragt wurde, so ändert dies an der einmal eingetretenen Wirkung des Art. 8 Subh.O. (vgl. oben C 1) nur dann etwas, wenn die erste Beschlagnahme später wieder weggefallen (z. B. aufgehoben oder gemäß Art. 12 oder 71 bayer. Subh.O. erloschen) ist. Denn damit ist zwar nicht die für die Immobiliarmasse sich aus § 15 EG. z. ZwVG. ergebende Bedeutung des altrechtlichen Verfahrens (also die Nichtanwendbarkeit des § 1124 Abs. 2 BGB.) beseitigt, wohl aber die Wirksamkeit der Pfändung hinsichtlich der nach der ersten und vor der zweiten Beschlagnahme fällig gewordenen Beträge wieder zur Geltung gekommen, die schon für das bisherige Recht anzuerkennen war (vgl. oben A 2 a. E.).

Beispiel: Pfändung: 23. April 1905, erster Beschlagnahmeantrag: 30. April 1905, Beschlagnahmeeintragung: 30. April 1905, Grundbuchanlegung: 1. Mai 1905; zweite Beschlagnahmeeintragung: 31. August 1905, Aufhebung der ersten: 1. September 1905. Die Miet- und Pachtzinse vom 1. Mai, 1. Juni, 1. Juli und 1. August 1905 gebühren dem Pfändungsgläubiger, diejenigen vom 1. September und 1. Oktober 1905 gehören dagegen, gleichgültig, ob sie auf die Monate August und September oder auf frühere Zeit „treffen", zur Subhastationsmasse.

---

## Ungerechtfertigte Bereicherung des Vertretenen.

Von **Dr. Neubecker**, Privatdozent in Berlin.

Ein Vater verkaufte notariell die Grundstücke seiner minderjährigen Kinder unter Vorbehalt der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts und erhielt vom Käufer 3000 Mk. Anzahlung. Der Vater verwendete das Geld für sich. Da das Vormundschaftsgericht die Genehmigung versagte und der Vater vollständig vermögenslos war, nahm der Käufer die Kinder wegen der Anzahlung in Anspruch. Das Prozeßgericht erkannte klagegemäß.

So berichtet Landgerichtsrat Brettner, Kottbus, im Recht vom 25. Dezember 1904 S. 626, indem er kurz Stellung gegen das Urteil nimmt.

Die Gründe des Urteils sind nicht angegeben. Wie könnte das Urteil begründet werden?

Nach § 1627 hat der Vater kraft der elterlichen Gewalt Recht und Pflicht, für Person und Vermögen des Kindes zu sorgen. Diese Sorge umfaßt die Vertretung des Kindes: § 1630 Abs. I.

Die Ausnahmen (§ 1630 Abs. II) sind nicht gegeben.

Die so generelle Vertretungsmacht des Vaters ist grundsätzlich frei, aber mit erheblichen Einschnürungen in zahlreichen Fällen: der Vater bedarf fast gleich dem Vormund vielfach der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nach § 1643.

So hier beim Verkauf der Grundstücke nach § 1821 Ziff. 3. Die Genehmigung ist nun versagt, damit der Kauf unwirksam geworden. Die angezahlten 3000 Mk. können nach §§ 812, 820 zurückgefordert werden. Von wem aber, von den Kindern oder nur von dem Vater? Das Landgericht verurteilte die Kinder zur Zurückzahlung. Nun nehme man an, wie Brettner schon betont hat, der Käufer habe sofort die ganze Kaufsumme gezahlt: das Resultat ist schreckenerregend. Alle Schutzvorschriften zugunsten der Kinder sind dann einfach über den Haufen gerannt; und gerade die Frage der Sicherstellung der Ansprüche, welche den Kindern aus dem Kaufe zustehen, ist von besonderer Wichtigkeit bei der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes, wie Planck zu § 1821 Vorbemerkung 6 Abs. 2 mit Recht hervorhebt.

Wie kann man zur Verurteilung der Kinder gelangen? Der Vater — nehmen wir an — hat ausdrücklich das Eigentum an den Geldstücken für die Kinder erworben, kraft seiner allgemeinen Vertretungsmacht (s. oben!).

Liegt keine ausdrückliche Erklärung vor, so haben trotzdem die Kinder Eigentum erworben, sowohl nach dem allgemeinen Charakter des Geschäfts, wie auch nach § 1646. Anders läge es, wenn der Vater ausdrücklich für sich das Eigentum an den Geldstücken erwerben wollte. Das wäre aber merkwürdig, da ja die 3000 Mk. als Anzahlung auf den Kaufpreis für die Grundstücke der Kinder gegeben und auch genommen sind.

Also: die Kinder sind Eigentümer der Geldstücke geworden. Also — könnte man denken — muß gegen die Kinder eine condictio gegeben sein, und zwar eben eine condictio auf 3000 Mk. Sonach wäre das Landgerichtsurteil gerechtfertigt.

Man könnte nun an § 1822 Ziff. 8 denken: der Vater bedarf darnach der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts „zur Aufnahme von Geld auf den Kredit des Kindes".

Dem Gesetz liegt hier, wie bei Ziff. 10, der Interzessionsgedanke zugrunde, d. h. die Geschäfte, zu denen der Vater (Vormund) der Genehmigung bedarf, sind nicht nach der juristischen Formseite, sondern nur nach dem wirtschaftlichen Zwecke charakterisiert.

Aufnahme von Geld auf Kredit des Mündels — darunter könnte man das vorliegende Geschäft bringen. Kauf auf Kredit fällt nicht unter Ziff. 8, meint Planck. In welchem Sinne das gemeint ist, ist nicht klar.

Nehmen wir nun an, unser Geschäft fällt unter Ziff. 8 des § 1822. Nach Planck hilft uns das auch nicht: „Selbstverständlich wird dadurch (nämlich durch die infolge Versagung der Genehmigung eintretende Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes) aber eine Verpflichtung des Mündels (Kindes) aus dem Gesichtspunkt einer ungerechtfertigten Bereicherung, z. B. wegen Empfangs der Darlehensvaluta nicht berührt." Darnach böte § 1822 Ziff. 8 auch keine Rettung.

Der Gedanke an eine Handlung in fraudem legis — könnte er helfen? Es ist sehr die Frage, ob man davon in unserem Falle sprechen könnte, ganz abgesehen von der allgemeinen Charakteristik.

Aber selbst dies angenommen: die Tatsache der ungerechtfertigten Bereicherung liegt vor. Sollte man nun etwa gar wegen dieses — angenommenen — agere in fraudem legis geneigt sein, den § 817 anzuwenden und deshalb die condictio versagen wollen? Da hätte man sich gründlich verstiegen.

So hülfe also nichts? Der Vater hat das Geld für sich verbraucht; zur Zeit der Klageerhebung ist nichts mehr davon vorhanden. So könnte man denken, daß eben mangels einer Bereicherung die Klage abgewiesen werden müsse; die Kinder seien nicht mehr bereichert.

Dagegen kann geltend gemacht werden: das Schuldverhältnis aus der ungerechtfertigten Bereicherung ist mit der Hingabe der Geldstücke — bedingt — entstanden; Schuldner sind die Kinder; nach § 278 aber hat der Schuldner ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden.

Vielleicht kann erwidert werden: § 278 findet keine Anwendung auf Konditionsverhältnisse.

Nun, führt nicht § 820 in Verbindung mit § 819 zu demselben Ziele? Kennt der Empfänger den Mangel des rechtlichen Grundes (§ 819) oder die Möglichkeit des Wegfalls desselben (§ 820) so haftet er auf die damalige Bereicherung. Empfänger sind — die Kinder. Sie wissen nichts.

Tritt hier der Vater als gesetzlicher Vertreter, weiter gefaßt, als Vertreter ein? Noch genereller: Wie gestaltet sich die Bereicherung im Falle der Vertretung, oder auch: die Vertretung bei der Bereicherung?

„Soweit der Gesichtspunkt der Vertretung durchgreift, muß sich der Vertretene als bereichert ansehen lassen, mag auch die angebliche Bereicherung infolge Unterschlagung des Vertreters niemals in seine Hände gelangt sein, unbeschadet natürlich seines Rechtes, unter Umständen Befreiung von seiner Haftung anzustreben aus dem Gesichtspunkte der nicht mehr vorhandenen Bereicherung" (v. Mayr, Der Bereicherungsanspruch S. 206. Vgl. dazu Jung, Die Bereicherungsansprüche S. 153 Anm. 243 und dort zitierte RGE.).

Wie weit greift nun dieser Gesichtspunkt?

„Lediglich als Vertreter handelt aber der, dessen Willenserklärung unmittelbar für und gegen den Vertretenen wirkt. Und dahin gehören die Fälle sogenannter gesetzlicher Vertretungsmacht".

„In all diesen Fällen wirkt die Willenserklärung, die Leistung oder Verfügung des Vertreters unmittelbar für und gegen den Vertretenen" (v. Mayr S. 214). „In all diesen Fällen ist es rechtlich betrachtet der Vertretene, der die Leistung in Empfang nimmt; ist . . . der Vertretene, nicht der Empfänger auf Kosten des Leistenden bereichert" (v. Mayr S. 213).

Der Vater ist gesetzlicher Vertreter, er erwirbt die 3000 Mk. zu Eigentum für die Kinder (s. oben), diese sind nach Versagung der Genehmigung (§ 820) ungerechtfertigt bereichert; haften also nach § 819, 818 IV.

Das wäre das alte Resultat. Brettner meint nun: „Zur Zeit der Geldzahlung lag ein rechtsbeständiger Kaufvertrag nicht vor, und er ist auch nicht nachträglich wirksam geworden. Die Kinder hatten also zu keiner Zeit eine Kaufgelderforderung, und ihr Vater war deshalb überhaupt nicht in der Lage, eine solche für sie in Empfang zu nehmen, in dieser Hinsicht als ihr Vertreter aufzutreten. Eine Vertretung im Rechtssinne war ausgeschlossen

und nur der Schein, das Aeußere einer solchen lag beim Geldempfang vor."

Brettner leugnet also die Vertretungsmacht des Vaters. Der Vater konnte kein Kaufgeld in Empfang nehmen, — weil ein solches nicht geschuldet war. Ja, — wie steht es mit der ungerechtfertigten Bereicherung? Nimmt man Brettners Standpunkt ein, so kann man durchkommen, wenn man dann auch den Erwerb des Eigentums der Kinder an den Geldstücken leugnet. Dann sind die Kinder in keiner Weise bereichert worden. Wir aber nehmen Eigentumserwerb der Kinder an.

Nehmen wir den einfachen Fall: Der Vater nimmt ein Darlehen im Namen der Kinder auf: § 1822 Ziff. 8. Das kann der Vater ohne Genehmigung des Vormundschaftsgericht nicht, er überschreitet seine Vertretungsmacht. Wie steht es mit dem Eigentum am Gelde? Man kann sagen, es sei nach § 164 und § 929 auf die Kinder übergegangen. Man kann aber auch denken, daß die Einigung über den Uebergang des Eigentums an den Geldstücken bedingt sei durch das Zustandekommen des Darlehensvertrages. Wird die Genehmigung versagt, so fällt die Suspensiv-, es wirkt die Resolutivbedingung. Es ist nie Eigentum übergegangen, und zwar weder auf die Kinder, noch auf den Vater. Oder auch: der Antrag ist zugleich gemacht zu dem einen Geschäft, zur Begründung des Darlehensschuldverhältnisses und der Eigentumsübertragung. Dieser Antrag kann nur ganz angenommen, ganz abgelehnt werden. Das Geschäft, wenn bedingt, ist als Ganzes bedingt (§ 139). Der Vater hat den Wert der — verbrauchten — Geldstücke seinem Vermögen zugeführt und haftet darnach.

Nun aber nehmen wir wieder die erste Konstruktion: Durch die Leistung an den Vater haben die Kinder Eigentum erworben und mittelbaren Besitz. Eigentum und mittelbaren Besitz haben sie erlangt ohne rechtlichen Grund, dies „etwas" haben sie herauszugeben (§ 812.) Wie hat diese Herausgabe nun zu erfolgen? Den mittelbaren Besitz geben sie heraus nach § 870, indem sie den Anspruch auf Herausgabe abtreten; das Eigentum geben sie heraus, indem sie den Anspruch auf Herausgabe abtreten, nach § 931. Haben sie die beiden Ansprüche nach § 870 und § 931 abgetreten — so ist keinerlei Bereicherung vorhanden. Das ist alles, was sie durch die „Leistung" des Darlehensgebers erlangt haben. Entsprechendes gilt von etwaigen Ersatzansprüchen.

Was sie etwa mehr erlangt haben sollten, hätten sie nicht durch die „Leistung" des Gebers, sondern „in sonstiger Weise" erlangt: so, wenn der Vater für sie das Geld mündelsicher angelegt oder für sie ausgegeben hätte.

---

## Zum Begriff der Grundstücksbestandteile.

Von **Dr. Dennler**, Notar in Lauf.

Nach § 95 Satz 1 BGB. gehören zu den Bestandteilen eines Grundstücks solche Sachen nicht, die nur zu einem vorübergehenden Zwecke mit dem Grund und Boden verbunden sind; ist also die Verbindung auf die Dauer berechnet, so werden diese Sachen Bestandleile des Grundstücks und können damit nach § 93 BGB. nicht Gegenstand besonderer Rechte sein.

Es fragt sich nun, ob Wasserleitungen, Gasleitungen, Schienenanlagen, elektrische Leitungen und andere derartige Einrichtungen des modernen Verkehrs, die mit fremden Grundstücken fest verbunden sind, auch in das Eigentum des jeweiligen Grundstückseigentümers übergehen oder im Sondereigentum bleiben.

Mit dem Grund und Boden sind die betreffenden Einrichtungen verbunden, und die Verbindung ist auch keine nur vorübergehende; denn letztere liegt nur dann vor, wenn im Hinblick auf den mit der Verbindung beabsichtigten Erfolg schon bei der Vornahme der Verbindung die spätere Aufhebung der Verbindung gewollt ist (Staudinger, Komm. z. BGB. Anm. 3 zu § 95).

Das ist aber bei diesen Anlagen nicht der Fall.

In Ausübung eines Rechtes sind sie auch nicht mit dem fremden Grundstück verbunden worden, weil ja ein solches im Sinne des § 95 BGB. nur ein dingliches ist (Rspr. d. OLG. Bd. VI S. 211); die Errichtung der betreffenden Anlagen erfolgt aber meist nur auf Grund eines obligatorischen Rechtsverhältnisses.

Es würden demnach diese Anlagen im Eigentum dessen stehen, dem jeweils der Grund und Boden gehört, auf dem oder in dem sich die Anlagen befinden.

Dieses Ergebnis widerspricht aber den heutigen Verkehrsanschauungen und Verkehrsbedürfnissen. Allgemein erachtet man eine solche Anlage als im Sondereigentum stehend und kein Mensch — außer dem Juristen — denkt daran, daß die Anlage eigentlich all den Eigentümern der vielen Grundstücke, über die sie sich etwa erstreckt, gehört, und daß deshalb diese auch immer bei Ausbesserungen oder sonstigen Veränderungen der Anlage als deren Eigentümer mitzusprechen hätten.

Das moderne Leben drängt dazu, die betreffenden Anlagen und Einrichtungen auch juristisch als im Sondereigentum stehend zu betrachten; es handelt sich nur darum, wie dies gegenüber den §§ 93 und 94 Satz 1 BGB. möglich ist.

Tobias[1]) konstruiert dies Sondereigentum, wenigstens für die konzessionierten öffentlichen An-

[1]) „Eigentumserwerb durch Verbindung" im Arch. f. ziv. Praxis Bd. 94 S. 407.



lagen solcher Art auf Grund einer analogen Auslegung des § 95 Satz 2 BGB. Er sagt, Analogie sei im gegebenen Fall ein Bedürfnis, und sie sei auch durch die Gleichheit des Grundes gerechtfertigt; denn was für die Anerkennung des Sondereigentums der dinglich Berechtigten maßgebend war: die Dauer des Rechts einerseits und die notwendige Rücksicht auf ihre erheblichen Interessen andrerseits, treffe auch bei den öffentlichen konzessionierten Anlagen der erwähnten Art zu.

Zuzugeben ist, daß für eine analoge Anwendung des § 95 Satz 2 BGB. schon an sich Raum wäre, weil er, was vorzugsweise für diese Anwendung in Betracht kommt, auf einem allgemeineren Grunde beruht, nämlich auf dem Prinzip der Hintanhaltung ungerechtfertigter Verletzung von erheblichen Interessen gegenüber einer strikten Durchführung der Regel von der Bestandteilseigenschaft. [1])

Aber es dürfte die Heranziehung der Analogie zur Konstruktion des Sondereigentums gar nicht notwendig sein. M. E. kann man zur Bejahung des Sondereigentums schon auf Grund der Absicht des § 94 BGB. gelangen.

Dieser Paragraph zielt nach den Motiven zum BGB. [2]) darauf ab, das Ganze zu erhalten und zu diesem Zweck die Trennung von Grund und Boden zu verhindern, selbst wenn dadurch kein Schaden für den Boden oder die damit verbundenen Sachen eintreten würde.

Der Grund hiefür ist das volkswirtschaftliche Interesse, welches an der Erhaltung der Grundstücksbestandteile als solcher besteht.

Aber ein solches volkswirtschaftliches Interesse ist bei Anlagen und Einrichtungen der mehrerwähnten Art gar nicht vorhanden, worauf schon oben hingewiesen wurde; die wirtschaftlichen Erwägungen führen bei diesen Gegenständen vielmehr dazu, die Idee der Grundstückseinheit zu verneinen und die Alleinherrschaft des Grundstückseigentums zu beschränken.

Man wird deshalb ein Sondereigentum an den betreffenden Anlagen und Einrichtungen um deswillen annehmen können, weil bei ihnen die wirtschaftlichen Voraussetzungen, die dem § 94 zugrunde liegen, nicht gegeben sind.

Und dies muß auch vom allgemeinen Standpunkte aus als das richtige bezeichnet werden; denn das ungehinderte Herrschaftsrecht des Grundstückseigentümers, sowohl was den ganzen senkrecht über der Erdoberfläche liegenden Raum, als was die ganze senkrecht unter der Erdoberfläche liegende Erdmasse betrifft, ist mit den heutigen Verkehrsverhältnissen unvereinbar.

Wenn Kohler [3]) für die betreffenden Einrichtungen eine Servitut eigener Art konstruiert, ein Mittelding zwischen persönlicher Dienstbarkeit und Grunddienstbarkeit, „eine Dienstbarkeit, an welche die Wissenschaft bisher nicht gedacht hat", so kommt dagegen in Betracht, daß das Vorliegen einer bloßen Servitut den Absichten der Unternehmer wohl nicht entspricht, und daß, worauf auch u. a. Tobias [1]) aufmerksam macht, diese Dienstbarkeiten ja auch im Grundbuch immer eingetragen werden müßten, was aber meist nicht geschieht.

[1]) Mot. z. BGB. III S. 47.
[2]) Bd. III S. 43.
[3]) Zeitschr. f. franz. Zivilr. Bd. 32 S. 49 ff.

---

# Der Bauschwindel und seine strafrechtliche Beurteilung.

Von Rechtsanwalt J. Freiherrn von Liebig in München.

(Schluß.)

## II.

Es sei gestattet, noch ein Verfahren zu beschreiben, welches von Bauunternehmern manchmal gewählt wird, um überlastete Häuser an den Mann zu bringen. Gesetzt, die Bebauung des Grundstückes verläuft, ohne daß ein Strohmann vorgeschoben wird. Der Verlauf der Dinge mag etwa folgender sein:

Der Grundstücksspekulant hat das Grundstück an den Baumeister zu einem Preise verkauft, welcher den Wert überstieg. Für die Kaufpreisforderung ist die bereits geschilderte Kaufschillingsresthypothek eingetragen worden. Der Bauunternehmer hat sodann von einem Baukapitalisten genügend Geld zur Ausführung erhalten und den Bau fertig gestellt. Hierauf wird ein Bankdarlehen aufgenommen.

Es soll angenommen werden, daß es verhältnismäßig hoch ist und hinreicht, um das vom Baukapitalisten vorgeschossene Geld zurückzubezahlen. Diesem Bankdarlehen weicht der frühere Grundeigentümer mit seiner Hypothek aus. Das Anwesen mag dann folgendermaßen belastet sein:

1. 80 000 Mk. Hypothek der Bank zu 4 % verzinslich,
2. 30 000 Mk. Kaufschillingsresthypothek des Grundstücksspekulanten zu 4 % verzinslich.

Die Zahlung der Hypothekzinsen erfordert also jährlich 4400 Mk. Nachdem das Anwesen auf diese Weise fertig geworden ist, sucht der Bauunternehmer einen Käufer zu finden. Das Haus ist nahe der Peripherie einer Stadt gelegen und es ist nicht eben leicht, Mieter zu bekommen. Es gelingt dem Bauunternehmer nun, etwa die Hälfte der Wohnungen zu vermieten. Er hat aber das dringende Interesse, das Haus als ganz vermietet erscheinen zu lassen, um den Kauflustigen eine hohe Rente vorspiegeln zu können. Zu diesem Zwecke schließt er Mietverträge mit vermögenslosen Personen oder mit Personen ab, die keine

[1]) A. a. O.

hohe Miete zahlen wollen, und zwar in folgender Weise:

Der Mietvertrag enthält die Angabe des Mietzinses und die Erklärung, daß vierteljährlich gekündigt werden kann. Es wird jedoch mündlich vereinbart, daß die Mieter die ersten drei Monate keinen Zins zu bezahlen haben. Die Mieter kündigen nach dem ersten Vierteljahr, zahlen für das zweite Vierteljahr den hohen Mietzins und haben so 6 Monate im Haus gewohnt und zwar recht billig, weil sie für die ersten drei Monate nichts zu zahlen brauchten. Dem Kauflustigen wird das Haus gezeigt, die Pläne und Hypothekenbuchsauszüge vorgelegt, ebenso die Mietverträge. Darnach berechnet sich die jährliche Mietzinseinnahme auf vielleicht 7000 Mk. Auch werden dem Kaufslustigen Schätzungen eines Sachverständigen vorgelegt, in denen das Haus verhältnismäßig hoch taxiert ist. Der Bauunternehmer hat dem Sachverständigen nämlich ebenfalls eine Mietrente von 7000 Mk. oder mehr angegeben, diese Mietrente legt der Sachverständige der Schätzung zugrunde. Der Kauflustige wird auf diese Weise veranlaßt, das Haus für einen Preis zu erwerben, welcher die hypothekarische Belastung vielleicht um 50000 Mk. übersteigt, also etwa für 160000 Mk. Er übernimmt in Anrechnung auf den Kaufpreis die persönliche Haftung für die zwei Hypotheken, und zahlt an den Bauunternehmer 50000 Mk. Diese beiden Hypotheken stellen den Preis dar, welchen der Grundstücksspekulant für das Grundstück forderte, und die Baukosten. Die 50000 Mk. sind der Gewinn, den der Bauunternehmer erzielt hat. Der Käufer ist vielleicht nicht in der Lage, das Haus zu beziehen und die Mietzinsen selbst einzuziehen. Es wird infolgedessen ein Verwalter aufgestellt und zwar eine Person, welche der Bauunternehmer dem Käufer empfohlen hat. Für die Zeit, in welcher die Mieter keinen Mietzins zahlen, zahlt der Bauunternehmer den Mietzins dem Verwalter unter dem Vorgeben, er habe ihn von den Mietern zur Ablieferung an den Verwalter erhalten. Der Käufer bemerkt auf diese Weise von der Eigenart der Mietverträge nichts. Er bemerkt nur, daß ein beträchtlicher Teil der Mieter wenige Monate, nachdem er das Haus erworben hat, auszieht, und daß es ihm nicht möglich ist, Mieter zu erhalten, welche den gleichen Mietzins zahlen würden, wie er in den bisherigen Mietverträgen angegeben ist. Auch von den Mietern, die in den Wohnungen bleiben, erklären einzelne, daß sie nur bleiben, wenn der Mietzins herabgesetzt wird. Der Käufer des Hauses erhält so statt 7000 Mk. Mietzins im Jahr nur etwa 5000 Mk., ein Betrag der kaum hinreicht, um die Hypothekzinsen und die Steuern und Ausgaben zu zahlen. Er hat 50000 Mk. ausgegeben, er hat die persönliche Haftung für die Hypothekforderungen übernommen und als Gegenwert einen Besitz, der keine oder fast keine Rente abwirft.

Es kommen Fälle vor, in denen die Mieteinnahmen sogar nicht hinreichen, um die Hypothekzinsen und Auslagen zu bestreiten und in welchen das Haus infolgedessen versteigert wird. In der Regel steigert es dann der Grundstücksspekulant ein; im vorliegenden Falle vielleicht um 90000 Mk. Er braucht den Teil des Strichschillings, welcher die Hypothek der Bank übersteigt, nicht zu bezahlen. Denn er besitzt die nachfolgende Hypothek und würde deshalb an sich selbst zu zahlen haben. Er ist nun wieder im Besitz seines früheren Baugrundstückes, nur mit dem Unterschied, daß dieses jetzt mit einem Hause bebaut und mit einer Bankhypothek von 80000 Mk. belastet ist, welche ungefähr so hoch ist, wie die Kosten des Baues.

Es ist noch zu bemerken, daß Kunstgriffe des Bauunternehmers, um eine nicht bestehende Rentabilität vorzuspiegeln, in den verschiedensten Formen vorkommen. So kommt es vor, daß der Bauunternehmer eine Gastwirtschaft in dem zu veräußernden Hause eingerichtet hat und für diese Wirtschaft dem Käufer einen bestimmten Bierabsatz nachweist. Der Bierverbrauch ist in der Regel maßgebend für die Schätzung des Wertes der Wirtschaft. Diesen Bierverbrauch hat der Bauunternehmer dadurch erzielt, daß er die zahlreichen von ihm an Neubauten beschäftigten Arbeiter und die Gewerbsleute, welche Lieferungen in diese Bauten machen, zum Besuche der Wirtschaft veranlaßt hat. Es kann auch vorkommen, daß der Bauunternehmer, um den Bierverbrauch der Wirtschaft zu steigern, Biermarken, die zum Genuß von Bier in der Wirtschaft berechtigen, in großer Anzahl unter allen möglichen Bekannten verteilt, so daß die Wirtschaft eine Zeit lang zahlreich besucht ist und das Bierbuch einen guten Umsatz aufweist. Auch kommt vor, daß der Bauunternehmer einige Zeit gutes Essen sehr billig abgibt. Sobald der von dem Bauunternehmer geübte Druck auf die Arbeiter und sonstigen Personen wegfällt, geht der Absatz der Wirtschaft bedeutend zurück und der Erwerber, häufig ein unerfahrener vom Lande kommender Mann, sieht sich getäuscht.

Können Kunstgriffe der geschilderten Art in ihren Einzelheiten aufgedeckt und nachgewiesen werden, so kann gegen den Bauunternehmer wegen Betrugs vorgegangen werden. Die Aufdeckung ist in Wirklichkeit oft weit schwieriger, als man auf den ersten Blick denken sollte. Gegen den Grundstücksspekulanten kann strafrechtlich kaum jemals vorgegangen werden. Auch dann nicht, wenn er moralisch mitschuldig ist. Ein Grundstücksspekulant, der regelmäßig und fortgesetzt seine Grundstücke an Bauunternehmer der geschilderten Art veräußert, muß wissen, welchen Verlauf die Dinge häufig nehmen. Der Grundstücksspekulant ist durch seine „Kaufschillingsresthypothek" gesichert und hat es leicht, die bebauten Grundstücke, wenn es zur Zwangsversteigerung kommt, mit deren

Hilfe an sich zu bringen. Er verfolgt den Käufer, welcher die persönliche Haftung für seine Hypothekforderung übernommen hat, bis dieser alles pfändbare Vermögen verloren hat. In einem solchen Falle hat der Bauunternehmer den Käufer im Großen betrogen, und der Grundstücksspekulant richtet diesen nachträglich völlig zugrunde. Die Möglichkeit eines strafrechtlichen Vorgehens gegen den Grundstücksspekulanten ist jedoch nur gegeben, wenn dieser sich bei einer vom Bauunternehmer vorgenommenen strafbaren Handlung beteiligt haben sollte, was sich nicht leicht nachweisen lassen wird.

Es kann hier der Einwand erhoben werden, daß dem Käufer ja noch die Entschädigungsklage wegen des Betruges gegen den Bauunternehmer bleibt, und daß der Käufer auf diese Weise seine 50 000 Mk. zurückerlangen könne. Es ist zweifellos, daß er diesen Betrag zurückverlangen kann, wenn er vollen Beweis für die Art und Weise erbringen kann, wie er betrogen worden ist. Das Zurückerlangen ist jedoch in der Regel ausgeschlossen, da sich die Vermögenslage des Bauunternehmers meist so gestalten wird, daß eine Zwangsvollstreckung gegen ihn nur einen geringen Erfolg haben würde. Es wird deshalb dem Bauunternehmer in der Regel möglich sein, den Geschädigten zu bewegen, daß er einen Vergleich eingeht, durch den er einen geringen Teil der verlorenen Summe zurückerhält und auf weitere Ansprüche verzichtet.

III.

Es gibt noch eine Reihe anderer Kunstgriffe, die unter den Begriff des Bauschwindels fallen und mit den erwähnten große Aehnlichkeit haben. Es kann insbesondere auch das Vorschieben eines Strohmannes in einer anderen Weise erfolgen, als in dem unter I geschilderten Falle. Es kann nämlich der Grundstücksspekulant den vermögenslosen Bauunternehmer veranlassen, daß dieser die Rolle des Strohmannes übernimmt. In diesem Falle ist das Verfahren etwa folgendes:

Angenommen, das Grundstück ist 50 000 Mk. wert. Der Bauunternehmer kauft es um 80 000 Mk. Im Kaufvertrag wird ein Teil des Kaufpreises „als durch Verrechnung beglichen" erklärt, der Rest, etwa 70 000 Mk., wird als Hypothek eingetragen. Zum Zwecke des Baues leiht der Grundstücksspekulant Geld (etwa 40 000 Mk.), das natürlich auch sofort wieder hypothekarisch gesichert wird. Aus diesem Gelde macht der Bauunternehmer seinen Gewinn, begleicht alte Schulden, lebt auf großem Fuße, bereichert Personen, die ihm nahe stehen, läßt die Lieferanten und Bauhandwerker liefern und arbeiten und hält sie durch geringe Teilzahlungen und durch Zusicherungen hin, deren Unrichtigkeit sich bei genauer Erforschung der Sachlage erweisen lassen wird. Dann bleiben Zinsen der Hypotheken im Rückstande, das Anwesen wird, kaum fertig geworden, versteigert, der frühere Eigentümer erwirbt es um einen Preis, der seine Hypotheken nicht deckt. Er hat nun statt eines unbebauten Grundstückes ein bebautes, dessen Mehrwert ihm ohne entsprechende Gegenleistung zugewachsen ist.

Auch wenn die Baugläubiger für ihre Forderungen Hypotheken haben vormerken lassen, so kommen sie doch bei der Versteigerung mit diesen nicht zum Zuge, weil das Grundstück durch die vorhergehenden Hypotheken des früheren Grundeigentümers überlastet ist. Sie können sich nicht an den früheren Grundeigentümer halten, weil sie mit diesem keine Verträge geschlossen haben, und wenn sie gegen den Bauunternehmer vorgehen, so zeigt sich, daß dieser trotz seines großen Auftretens nichts besitzt.

In einem solchen Falle kann nach den früher erörterten Gesichtspunkten gegen den Bauunternehmer vorgegangen werden, wenn die betrügerischen Handlungen und Zusicherungen im einzelnen nachgewiesen werden können.

Auch der Grundstücksspekulant kann zur strafrechtlichen Verantwortung gezogen werden, wenn nachgewiesen wird, daß er und der Bauunternehmer wissentlich zur betrügerischen Schädigung der Bauhandwerker und Lieferanten zusammengewirkt haben.

Meist zeigen solche Fälle etwa das folgende Gesicht:

Es gibt in Großstädten Grundstücksspekulanten, welche, mit allen Kunstgriffen des Bauschwindels vertraut, Veräußerungen von Baugrundstücken an Bauunternehmer der geschilderten Art vornehmen. Der Grundstücksspekulant weiß, daß ein Bauplatz, der zu einem solch übertriebenen Preise veräußert wird, gar nicht mit Erfolg bebaut werden kann. Er weiß auch, daß der Bauunternehmer gar nicht die Mittel besitzt, um das Grundstück zu halten, bis nach Jahren vielleicht eine Wertsteigerung eintreten kann, die dem Kaufpreis entsprechen würde. Ferner weiß er, daß der Bauunternehmer das Grundstück sofort bebauen wird und nur aus dem augenblicklichen Besitz zum Schaden von leichtgläubigen und unwissenden dritten Personen Gewinn zu schlagen sucht.

Zwischen dem Grundstücksspekulanten und dem Bauunternehmer besteht ein ausdrückliches oder stillschweigendes Einverständnis, daß der ganze Verkauf nur gemacht wird, um den Grundstücksspekulanten von der persönlichen Haftung gegenüber den Lieferanten und Handwerkern freizuhalten und um bei der Zwangsversteigerung, zu der es kommen muß, den Grundstücksspekulanten mit verhältnismäßig geringen Auslagen auf Kosten der Handwerker und Lieferanten in den Besitz des bebauten Grundstückes zu setzen. Wenn auch sowohl der Grundstücksspekulant als der Bauunternehmer jeder seinen eigenen Vorteil verfolgt, in dem einen sind sie einig, daß ihr ganzes Vorgehen zur Erzielung des Gewinnes im Falle der

Zwangsversteigerung dienen soll. Was sie als ihren Willen in den Verträgen angegeben haben, entspricht ihrem wahren Willen nicht. Diese Verhältnisse sollen nicht Rechtsverhältnisse zwischen ihnen begründen und ordnen. Sie denken z. B. ernstlich nicht daran, daß der Bauunternehmer der persönliche Schuldner des Grundstücksspekulanten werden solle, sondern dies wird in den Vertrag nur aufgenommen, um für den bestimmt eintretenden Fall der Zwangsversteigerung die Grundlage für die Ansprüche zu bilden, die dann erhoben werden sollen.

Nicht selten schreibt der Grundstücksspekulant dem neuen Eigentümer, nämlich dem Bauunternehmer, auch vor, den Neubau in einer bestimmten Zeit auszuführen, und behält sich vor, den Bau selbst auszuführen, wenn der Bauunternehmer an der Bauführung gehindert sein sollte. Ist der Neubau nahezu vollendet, so beantragt der Grundstücksspekulant die Zwangsversteigerung, weil die Hypothekzinsen seiner Kaufschillingsresthypothek rückständig seien. In Wirklichkeit besteht aber die ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung zwischen dem Grundstücksspekulanten und dem Bauunternehmer, daß der letztere keine Hypothekzinsen bezahlen soll. Der Grundstücksspekulant mahnt den Bauunternehmer niemals zur Zahlung der Hypothekzinsen, ebensowenig klagt er ihn ein. Niemals macht er die persönliche Haftung des Bauunternehmers für die Hypothekzinsen geltend, auch dann nicht, wenn er recht wohl imstande wäre, etwa durch Pfändung einer Forderung des Bauunternehmers oder durch Aufrechnung für seine Hypothekzinsen Befriedigung zu erlangen. Die rückständigen Hypothekzinsen treten erst dann in Erscheinung, wenn der Neubau nahezu vollendet ist.

Eine betrügerische und arglistige Schädigung[1]) der Bauhandwerker und Lieferanten liegt:

1. in der Umgehung der persönlichen Haftung des wahren Bauunternehmers, nämlich des Grundstücksspekulanten, dadurch, daß eine anscheinend zahlungsfähige, aber vermögenslose Person vorgeschoben wird;
2. darin, daß die vom Gesetz gewollte dingliche Haftung des Grundstückes für die Kosten des Bauwerks wirkungslos gemacht wird;
3. darin, daß die Verträge zwischen dem Grundstücksspekulanten und dem Bauunternehmer nicht den wahren Willen dieser Personen ausdrücken, sondern daß sie wie ihr gesamtes Vorgehen nur dem Zwecke dienen, die Baulieferanten und Handwerker um einen Teil ihres Verdienstes zu bringen, und darin, daß dieser Zweck geheim gehalten und verschleiert wird.

Das Reichsversicherungsamt und das bayerische Landesversicherungsamt hatten Fälle der geschilderten Art zu entscheiden, in welchen es sich um die Frage handelte, ob der Bauunternehmer oder der Grundstücksspekulant als Bauherr zu erachten sei, und ob dieser zu Beiträgen an die Berufsgenossenschaft zur Unfallversicherung herangezogen werden könne. Beide Behörden haben übereinstimmend entschieden, daß der Grundstücksspekulant als eigentlicher Bauherr anzusehen sei. Diese Behörden haben also das Scheinmanöver nicht gelten lassen, durch das der Grundstücksspekulant den Bauunternehmer als selbständigen Eigentümer und Bauherrn erscheinen zu lassen versuchte. (Vgl. den Aufsatz von Kreisgerichtsrat Hilse in Berlin im „Recht" 1900 S. 432. In dem Aufsatz finden sich auch die Gründe dieser Entscheidung.) Werden die geschilderten Scheinmanöver vom gleichen Gesichtspunkt aus strafrechtlich gewürdigt, und lassen sich im einzelnen Falle die geschilderten Tatsachen erweisen, so wird dies zur Anwendung der Bestimmungen des Strafrechtes über Betrug führen.

[1]) §§ 823, 826 BGB. In Seufferts Archiv Bd. 59 Nr. 145 S. 258 findet sich ein Rechtsfall, der zwar hier nicht einschlägt, dessen Begründung aber für die Auslegung der §§ 823 und 826 BGB. in Betracht kommt.

---

## Die Kontrebande auf Grund des Süßstoffgesetzes.

Von **Karl Sturm**, Landgerichtsrat in München.

Nach § 7 Abs. I des Süßstoffgesetzes vom 7. Juli 1902 werden vorsätzliche Zuwiderhandlungen gegen § 2 des Gesetzes, „soweit nicht die Bestimmungen des Vereinszollgesetzes Platz greifen", mit Gefängnis bis zu sechs Monaten und mit Geldstrafe bis eintausendfünfhundert Mark oder mit einer dieser Strafen bestraft; auch ist gemäß § 9 des Gesetzes auf Einziehung der Gegenstände zu erkennen, mit Bezug auf welche die Zuwiderhandlung begangen worden ist.

Der Zusatz in § 7 „soweit nicht die Bestimmungen des Vereinszollgesetzes Platz greifen", hat Bedeutung für die Zuwiderhandlungen nach § 2 lit. b des Gesetzes, weil durch § 2 lit. b die Einfuhr von Süßstoff oder süßstoffhaltigen Nahrungs- oder Genußmitteln aus dem Auslande verboten ist, die vorsätzliche Zuwiderhandlung gegen § 2 lit. b somit eine Kontrebande im Sinne des Vereinszollgesetzes in sich schließt.

Es entsteht die Frage, wie die auf Grund des Süßstoffgesetzes begangene Kontrebande zu bestrafen und wer zur Aburteilung zuständig ist. Die Frage hat praktisches Interesse, weil Anzeigen auf Grund des § 2 lit. b des Süßstoffgesetzes keineswegs selten sind.

In dem Kommentar zu den strafrechtlichen Nebengesetzen des Deutschen Reichs von Dr. Stenglein findet sich nun — s. 3. Auflage S. 1336

Note 1 b zu § 7 des Süßstoffgesetzes — die Ansicht vertreten, daß bei Vorliegen einer Kontrebande nur die Strafe der Kontrebande, nicht auch die Strafe des § 7 Abs. I des Süßstoffgesetzes anzuwenden sei, weil „eine Strafbarkeit nach § 7 des letzteren Gesetzes nur gegeben sei, soweit die Bestimmungen des Vereinszollgesetzes nicht Platz griffen.“ Hierbei wird zwischen der einfachen und qualifizierten Kontrebande (s. § 134 und andererseits die §§ 146, 147, 148 des Vereinszollgesetzes) nicht unterschieden, so daß also Zuwiderhandlungen gegen das Süßstoffgesetz, soweit sie als einfache Kontrebande in die Erscheinung treten, gemäß § 134 des Vereinszollgesetzes — abgesehen von der Konfiskation des kontrebandierten Gegenstandes — mit einer nach dem Fall abgestuften Geldbuße, somit mit einer milderen Strafe zu bestrafen wären, als § 7 Abs. I des Süßstoffgesetzes sie androht. Die Vorschrift des § 134 l. c., daß die neben der Konfiskation angedrohte Geldbuße nur eintreten solle, insoferne nicht in besonderen Gesetzen eine höhere Strafe festgesetzt ist, würde demnach keine Beachtung finden können. Die Folge wäre, daß Zuwiderhandlungen gegen lit. b des § 2 des Süßstoffgesetzes, soweit sie als einfache Kontrebande auftreten, also im Regelfall, milder bestraft werden müßten als Zuwiderhandlungen gegen lit. a und c des § 2, weil letztere Vergehen mangels einer Beziehung zum Vereinszollgesetz mit der Strafe des § 7 Abs. I des Süßstoffgesetzes belegt werden müssen. Eine Ausnahme träte nur ein, wenn die Tat aus dem Gesichtspunkte der Kontrebande verjährt, hingegen nach § 7 Abs. I des Süßstoffgesetzes noch nicht verjährt wäre; s. hiezu die verschiedenzeitigen Verjährungsfristen nach § 164 des Vereinszollgesetzes und § 67 des StGB.; in diesem Falle könnte — auch vom Standpunkte des Stengleinschen Kommentars aus — die Strafe des § 7 Abs. I des Süßstoffgesetzes zur Anwendung gelangen, weil die Bestimmungen des Vereinszollgesetzes für die Bestrafung nicht mehr Platz greifen könnten, und würde die Zuwiderhandlung nach § 2 lit. b des Süßstoffgesetzes die gleiche Behandlung wie die Vergehen nach lit. a und c erfahren. Auch qua Kontrebande würde die Zuwiderhandlung nach § 2 lit. b des Süßstoffgesetzes milder geahndet werden als die Kontrebande, die auf der Verletzung eines anderen Gesetzes, z. B. des § 327 oder 328 StGB., beruht; bei letzterer findet gemäß 158 des Vereinszollgesetzes Kumulation der Strafen aus den verschiedenen verletzten Gesetzen statt, bei der Kontrebande des Süßstoffgesetzes aber wäre eine solche Strafenhäufung vom Standpunkte der Auffassung des Stengleinschen Kommentars ausgeschlossen, denn nach dieser soll ja nur auf die Strafe der Kontrebande erkannt werden.

Dies die materiellrechtlichen Folgen der im genannten Kommentar vertretenen Rechtsauffassung. Prozessual liegt ihre Bedeutung auf dem Gebiete der Zuständigkeitsfrage. Ich erörtere diese vom Standpunkte der in Bayern für das Verfahren in Zollstrafsachen geltenden Vorschriften; s. hiewegen § 13 GVG., §§ 459 ff. StPO., Art. 85 ff. des Bayer. AG. zur StPO., die K. VO. vom 1. Okt. 1879, das Verfahren in Zollstrafsachen betreffend, G. u. VBl. S. 1379, und die Anweisung zur Behandlung der Zoll- und Aufschlagstrafsachen im Verwaltungswege vom 2. Oktober 1879, G. u. VBl. S. 1381 ff. Danach unterliegen — von Ausnahmefällen abgesehen — Zuwiderhandlungen gegen die Zollgesetze, die nicht gleichzeitig mit einer nach den allgemeinen Strafgesetzen zu verfolgenden Handlung zusammentreffen und mit keiner anderen Strafe als Geldstrafe und Einziehung (Konfiskation) bedroht sind, der Aburteilung durch die Zollbehörden, die darüber im Wege des Strafbescheides befinden. Da nun nach der im Kommentar von Stenglein vertretenen Rechtsauffassung Verfehlungen gegen § 2 lit. b des Süßstoffgesetzes lediglich als Vergehen gegen das Vereinszollgesetz, losgelöst von dem Charakter einer gleichzeitig nach dem Süßstoffgesetz verfolgbaren Straftat in Betracht kommen und die einfache Kontrebande – auch beim ersten Rückfall (§ 140 des Vereinszollgesetzes) und bei Vorliegen der erschwerenden Umstände des § 144 des Vereinszollgesetzes — für sich allein nur mit der Strafe der Konfiskation und einer Geldbuße bedroht ist, so hätten nach dieser Auffassung in Bayern regelmäßig die Zollbehörden und nicht die Gerichte über die einfache Kontrebande auf Grund des Süßstoffgesetzes, auch soweit sie als erster Rückfall oder unter den erwähnten erschwerenden Umständen auftritt, abzuurteilen. Die Zuständigkeit der Gerichte würde, was die einfache Kontrebande anlangt, für die Ausnahmefälle der §§ 9 Ziff. 3 und 4, 10 Abs. 1 und 3, 11 Abs. 2 und 5, 12 der Anweisung zur Behandlung der Zoll- und Aufschlagsstrafsachen im Verwaltungswege, die Strafe des ferneren Rückfalls nach § 141 des Vereinszollgesetzes und den obenerwähnten Fall der Verjährung des Vergehens qua Kontrebande, im weiteren für die erschwerte Kontrebande nach §§ 146, 147, 148 des Vereinszollgesetzes und selbstverständlich auch im Falle des § 159 dieses Gesetzes gegeben sein.

Die Rechtsauffassung des Stengleinschen Kommentars dürfte nicht als zutreffend erachtet werden können. Sie beruht auf einer irrtümlichen Auslegung des in § 7 Abs. I des Süßstoffgesetzes enthaltenen Zusatzes „soweit nicht die Bestimmungen des Vereinszollgesetzes Platz greifen“. Man hat aus dem Zusatz gefolgert, daß die Strafe des § 7 ausgeschlossen sein solle, wenn die Tat unter die Bestimmungen des Vereinszollgesetzes falle. Mit Unrecht. Der Zusatz besagt nichts weiteres, als daß die Bestimmungen des Vereinszollgesetzes Platz greifen und nach den dort enthaltenen Normen gestraft wird, wenn die Tat das Vereinszollgesetz verletzt. Die Anwendung des Vereins-

zollgesetzes nun führt zur Anwendung der Strafe des Süßstoffgesetzes. Denn trägt man dem § 134 des Vereinszollgesetzes Rechnung, so ergibt sich aus der Subsidiarität der dort angedrohten Geldbuße, daß an ihrer Stelle die Strafe des Süßstoffgesetzes auszusprechen ist, und berücksichtigt man — wozu bei der zwischen der Kontrebande und dem Vergehen nach § 7 Abs. I des Süßstoffgesetzes bestehenden Idealkonkurrenz die Voraussetzungen gegeben sind — den § 158 des Vereinszollgesetzes, so gelangt man zu einer Kumulation der Strafe der Kontrebande und jener des Süßstoffgesetzes, soweit eine solche nach den Bestimmungen des Vereinszollgesetzes selbst wieder zulässig erscheint. Also nicht die Ausschließung, sondern die Anwendung der Strafe des Süßstoffgesetzes neben jener des Vereinszollgesetzes so, wie dafür nach letzterem Raum ist, liegt im Willen des Gesetzes.

Dies das Prinzip, von dem auszugehen ist. Wie gestaltet sich nun im einzelnen die Bestrafung?

Als Maßstab gilt, daß die in § 158 des Vereinszollgesetzes vorgesehene Strafenkumulation nur insoweit eintreten kann, als die Strafbestimmungen des Vereinszollgesetzes nicht subsidiär in dem Sinne sind, daß sie nur zur Anwendung kommen sollen, wenn nicht in besonderen Gesetzen eine höhere Strafe festgesetzt ist; soweit letzteres der Fall, tritt lediglich die Strafe des besonderen Gesetzes ein. Die Geldbuße des § 134 des Vereinszollgesetzes ist demnach zur Kumulation nicht geeignet. Das gleiche gilt von der Strafe des ersten und ferneren Rückfalls — § 140 und 141 des Gesetzes — und der Strafschärfung des § 144, weil die in diesen Paragraphen angedrohten Geldstrafen und auch die nach § 141 mögliche Freiheitsstrafe in der zur Kumulation nicht geeigneten Geldbuße des § 134 ihre Voraussetzung und Grundlage haben. Hingegen sind die in den §§ 146, 147, 148 des Vereinszollgesetzes vorgesehenen Freiheitsstrafen nicht subsidiär angedroht und aus diesem Grunde sowohl wie auch zufolge der in diesen Paragraphen enthaltenen besonderen Vorschrift zur Kumulation verwendbar. Das gleiche ist von der Strafe der Konfiskation zu sagen (s. hieher Dr. Ernst Löbe, Das deutsche Zollstrafrecht, Note 2 zu § 158 des Vereinszollgesetzes und die reichsgerichtlichen Entscheidungen R VI 679, 838, E XI 330, XVIII 174, XXVI 319).

Sonach trifft die auf Grund des Süßstoffgesetzes begangene Kontrebande die Strafe der Konfiskation; außerdem ist sie, soweit sie in einfacher Gestalt auftritt, mit der Strafe des § 7 Abs. I des Süßstoffgesetzes und, soweit es sich um Fälle der erschwerten Kontrebande handelt, mit der Strafe des Süßstoffgesetzes und der in den §§ 146, 147, 148 des Vereinszollgesetzes angedrohten Freiheitsstrafe zu belegen. Der Rückfall und die erschwerenden Umstände des § 144 des Vereinszollgesetzes können bei der Strafausmessung als Erschwerungsgründe Berücksichtigung finden. Soweit die Konfiskation nicht vollzogen werden kann, ist nach § 155 des Vereinszollgesetzes zu verfahren. Neben der Strafe der Konfiskation hat die weniger weitgehende Strafe der Einziehung des § 9 des Süßstoffgesetzes keinen Platz. Im Fall des § 159 des Vereinszollgesetzes tritt neben die nach vorstehendem sich ergebende Strafe der Kontrebande die nach dem Strafgesetzbuch auf die Fälschung öffentlicher Urkunden festgesetzte Strafe. Die in § 153 des Vereinszollgesetzes statuierte subsidiäre Vertretungsverbindlichkeit dritter Personen hinsichtlich der Geldbußen und Prozeßkosten kann, weil auf die Geldbuße des Vereinszollgesetzes nicht erkannt werden kann, nur bezüglich der Prozeßkosten in Frage kommen.

Als wichtige Konsequenz der hier hinsichtlich des Verhältnisses des § 7 Abs. I des Süßstoffgesetzes zum Vereinszollgesetz vertretenen Ansicht ergibt sich die ausschließliche Zuständigkeit der Gerichte in allen Fällen der Kontrebande auf Grund des Süßstoffgesetzes. Der Entscheidung des Gerichts untersteht auch die subsidiäre Vertretungsverbindlichkeit dritter Personen hinsichtlich der Prozeßkosten, da solche Personen als Mitbeteiligte an den Zuwiderhandlungen der Hauptschuldigen und infolgedessen als Beteiligte im Strafverfahren zu gelten haben (s. Löbe a. a. O. § 153 Note 1 und die dort angeführte Rechtsprechung und Literatur). Der subsidiär Haftende ist zum Strafverfahren zuzuziehen.

Trotz Ausschlusses der Zuständigkeit der Zollbehörden sind diese nicht behindert, sich dem Verfahren anzuschließen, woraus sich ihr Recht zur Einlegung von Rechtsmitteln ergibt; s. § 467 StPO., E XIII 30, XXII 400, Löbe § 165 unter II 4; a. M. von Brandenburg in Kunckels Zeitschrift für Zollwesen und Reichssteuern 1904 Nr. 7 S. 211, dessen Ausführungen aber nicht überzeugen können.

Die nach dem Süßstoffgesetz begangene einfache Kontrebande kann im Hinblick auf § 75 Ziff. 14 GVG. dem Schöffengericht zur Aburteilung überwiesen werden.

---

## Mitteilungen aus der Praxis.

**Verhältnis des gesetzlichen Pfandrechts des Vermieters zu dem Pfändungspfandrecht eines dritten Gläubigers.** In einem praktischen Fall, in welchem der Vermieter dem Pfandgläubiger gegenüber vorzugsweise Befriedigung aus dem Versteigerungserlös beanspruchte, machte der Pfandgläubiger unter Bezugnahme auf § 561 Abs. II BGB. geltend, das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters sei erloschen, weil er der infolge der Pfändung veranlaßten Fortbringung der Gegenstände aus seinem Anwesen nicht widersprochen und nicht innerhalb einmonatiger Frist Klage erhoben habe. Dieser Einwand ist unbegründet. Die Bestimmung in Abs. II des § 561 a. a. O. bezieht sich

nicht auf den Fall, daß der Gerichtsvollzieher die Sachen fortschafft, um sie für einen Pfändungspfandgläubiger zur Versteigerung zu bringen. Sie hat vielmehr nur das unbefugte Wegbringen der Gegenstände aus den Mieträumen durch den Mieter selbst oder einen Dritten im Auge. Die Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher im Falle einer den gesetzlichen Bestimmungen entsprechenden Pfändung ist aber nicht unbefugt, da der Vermieter der Pfändung der Sachen seines Mieters, wenn sie sich noch nicht in seinem Besitz befinden, nicht widersprechen kann (§ 805 CPO.). Mit dem Anspruch, welchen der Vermieter gemäß § 561 Abs. II BGB. innerhalb Monatsfrist geltend machen kann, ist nur das Recht des Vermieters gemeint, die Herausgabe der ohne sein Wissen oder, unter seinem Widerspruch fortgeschafften Sachen zum Zwecke der Zurückschaffung in das Grundstück, oder wenn der Mieter bereits ausgezogen ist, die Besitzüberlassung zu verlangen. Beides kann aber der Vermieter dem Pfändungspfandgläubiger gegenüber nicht beanspruchen. Das Pfandrecht des Vermieters geht durch ein Pfändungspfandrecht allerdings nicht unter, wie sich schon aus der Bestimmung des § 563 BGB. ergibt, welche den Umfang des gesetzlichen Pfandrechts des Vermieters gegenüber dem Pfändungspfandrecht anderer Gläubiger regelt. Der Vermieter kann aber, wie bereits angegeben, der Pfändung trotz seines wenn auch älteren gesetzlichen Pfandrechtes nicht widersprechen, wenn er die Sachen nicht bereits im Besitze hat. Er hat vielmehr nur einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Versteigerungserlös und muß diesen Anspruch, wenn er von dem Pfändungspfandgläubiger nicht anerkannt wird, im Wege der Klage geltend machen. Der Vermieter kann seinen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Versteigerungserlös auch dann geltend machen, wenn seine Forderung aus dem Mietverhältnis noch nicht fällig ist (§ 805 CPO. und die Kommentare hiezu von Gaupp-Stein Anm. I a, Seuffert Anm. I b). Hält man § 561 Abs. II BGB. und § 805 CPO. einander gegenüber, so ergibt sich aus dem Wortlaut und dem Zweck der beiden Bestimmungen und aus dem Inhalt der Ansprüche, auf welche sich beide beziehen, ohne weiteres, daß der Vermieter, wenn er sein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Versteigerungserlös dem Pfändungspfandgläubiger gegenüber geltend machen will, nicht an die Frist des § 561 Abs. II BGB. gebunden ist. Sein Recht stützt sich nicht auf diese Bestimmung sondern auf §§ 519, 563 BGB., 805 CPO. Die Klage gemäß § 805 a. a. O. kann vielmehr so lange erhoben werden, als das von dem Pfändungspfandgläubiger betriebene Vollstreckungsverfahren noch nicht seinen Abschluß gefunden hat, so lange also der Versteigerungserlös an den Pfändungspfandgläubiger noch nicht ausbezahlt ist. Mit der Auszahlung des Versteigerungserlöses an den Pfändungspfandgläubiger geht auch das Pfandrecht des Vermieters an diesem Erlös, welches an Stelle des Pfandrechtes an den Pfandobjekten getreten ist, unter. Der Vermieter hat aber, wenn dieser Fall eingetreten ist, gegen den Pfändungspfandgläubiger unter Umständen einen Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung nach § 812 BGB. oder einen Schadensersatzanspruch nach § 823 a. a. O. und kann diese Ansprüche, wenn bereits Klage auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Versteigerungserlös erhoben ist, in dem schwebenden Prozeß gemäß § 268 Ziff. 3 CPO. geltend machen (cf. die Kommentare zur CPO. Gaupp-Stein zu § 805 Anm. II Abs. 2 Ziff. 1, Seuffert zu § 805 Anm. 2 b, Arnold, die Wohnungsmiete nach dem BGB. S. 166, Anm. 24). Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich ohne weiteres, daß das Recht des Vermieters auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Versteigerungserlös nicht davon abhängig sein kann, daß er der Pfändung oder Wegbringung der seinem gesetzlichen Pfandrecht unterliegenden Sachen durch den Gerichtsvollzieher widerspricht. Er kann ohne weiteres auf Anerkennung seines Vorzugsrechtes klagen, muß aber dann allerdings die Prozeßkosten tragen, wenn der Pfändungspfandgläubiger das Vorzugsrecht sofort anerkennt (§ 93 CPO.). Auch kann, im Falle es zu einer Auszahlung des Versteigerungserlöses an den Pfändungspfandgläubiger kommt, das Unterlassen des Widerspruchs gegen die Pfändung oder die verspätete Klagestellung nach § 805 CPO. einen Einfluß auf allenfallsige Schadensersatzansprüche des Vermieters haben.

Amtsrichter **Kraus** in München.

**Ist die Eintragung in die Konkurstabelle ohne weiteres vollstreckbar, wenn die Forderung eines Absonderungsberechtigten „nur für den Ausfall" festgestellt wurde?** Gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel hatte der Schuldner Einwendungen erhoben und diese unter Hinweis auf § 726 CPO. bekämpft, weil sie von dem nicht erbrachten urkundlichen Nachweis des Ausfalles hätte abhängig gemacht werden sollen. Die Einwendungen wurden zurückgewiesen und die hierauf eingelegte Beschwerde verworfen aus folgenden Gründen: Die Anerkennung der Forderung durch den Konkursverwalter erfolgte allerdings nur für den Ausfall, die Feststellung der Forderung in der Tabelle hat aber mit dem Absonderungsrecht nichts zu tun. (Senst, 5. Aufl. S. 247 Note 2; Jaeger § 4 Anm. 9). Aber auch angenommen, die Feststellung sei nur für den Ausfall erfolgt, so liegt doch der Fall des § 726 CPO. nicht vor. Festgestellt wird nicht bloß die ausgefallene (durch Verwertung des Objekts des Absonderungsrechtes oder durch Verzicht auf dieses sich ergebende) Forderung, sondern die ganze Forderung des Gläubigers, ohne Rücksicht auf das Absonderungsrecht und insbesondere auch der durch letzteres gedeckte Forderungsteil (Jaeger § 64 KO. Bem. 7, Senst S. 229, 242; RG. Bd. 22 S. 154). Auch ein, die Vollstreckung (Geltendmachung der festgestellten Forderung) von einem besonders zu beweisenden Umstand abhängig machender Feststellungsakt liegt nicht vor. Von einer aufschiebenden Bedingung, welche der festgestellten Forderung anhaftet, kann keine Rede sein, im Gegenteil: die Leistungspflicht ist unbedingt, sie wollte auch festgestellt werden, falls der Gläubiger sein Absonderungsrecht geltend macht. „Festgestellt für den Ausfall" bedeutet also weiter nichts als: „festgestellt samt Absonderungsrecht" und dieser Zusatz ist weiter nichts als die jedem Urteil anhaftende Voraussetzung, daß die Vollstreckung aus ihm nur für den Fall zulässig ist, daß nicht bis dahin eine Befriedigung eingetreten ist. Die Forderung des Gläubigers ist demnach lediglich auflösend bedingt durch die anderweitige Befriedigung aus dem Absonderungsrecht (vgl. RG. Bd. 36 S. 62). Der Eintritt der auflösenden Bedingung des Anspruches ist aber vom Schuldner zu beweisen (§ 767 CPO). Nur nebenbei sei erwähnt, daß der Gläubiger häufig

gar nicht in der Lage ist, seinen Ausfall, d. h. seine nicht oder nur teilweise erfolgte Befriedigung, durch Urkunden nach § 726 CPO. zu beweisen, da er außerhalb des Konkurses nicht verpflichtet ist, die schleunige Verwertung des Absonderungsrechtes zu betreiben oder gar auf dieses zu verzichten (Jaeger § 64 Bem. 5).

Amtsrichter Steiner in München.

---

**Die Portopflicht amtlicher Sendungen.** Die für den Juristen an sich uninteressante und die Rechtspflege scheinbar nicht berührende Frage, wie die Portopflicht amtlicher Sendungen zu gestalten ist, ist für die Justizverwaltung im Hinblick auf das Expeditionswesen bei den Gerichten von nicht zu unterschätzender Bedeutung, weshalb in dieser Sache auch ein alter Praktiker des äußeren Dienstes mit seiner Meinung und seinen Vorschlägen hier zu Worte kommen mag. Gegenwärtig sind bei der vielseitigen amtlichen Korrespondenz der Gerichte hinsichtlich der Portopflicht und Portofreiheit nahezu vierzig vom Jahre 1829 an bis in die jüngste Zeit erlassene Einzelvorschriften (Verordnungen, Entschließungen, Bekanntmachungen und Dienstbefehle — siehe Kollmann's „Portofreiheit in Staatsdienstangelegenheiten" —) zu beachten, welche, abgesehen von der Freimachung durch Verwendung von Postwertzeichen, je nach den Umständen die Bezeichnung „Regierungssache, Reichsdienstsache, Militaria, Marinesache, Parteisache, portopflichtige Dienstsache und Frei lt. Avers." verlangen. Da nach der noch heute geltenden Vorschrift des § 2 Abs. II der Allerh. VO. vom 23. Juni 1829 der Richter gehalten ist, den Ausfertigungsentwürfen auf eigene Verantwortlichkeit einen Vermerk darüber beizusetzen, ob Sendungen als Regierungssache oder Parteisache zu versenden sind, so sollten diese zahlreichen Bestimmungen auch diesem nicht unbekannt sein. Daß bei dieser Sachlage allmählich eine große Unsicherheit mit der Folge verschiedenartiger Behandlung Platz gegriffen hat, sodaß mehr nach dem Gefühle als den größtenteils unbekannten Vorschriften entsprechend verfahren wird, ist nicht zu verwundern und derjenige wird es leicht begreifen, der tagtäglich den Ein- und Auslauf eines viel beschäftigten Gerichts beobachtet. Man sehe sich z. B. nur einmal die Sendungen in Vormundschaften über uneheliche Kinder an. Bei den meisten Gerichten werden sämtliche Ladungen als „R.S." versendet, wiewohl die Vormundschaft zur Zeit der Ladung zum ersten Termin mangels des gesetzlich vorgeschriebenen Antrages auf Zulassung zum Armenrecht ohne Zweifel noch keine Armensache ist. In diesen sehr häufigen Fällen kommt somit die Postverwaltung mit ihren Portoansprüchen zu kurz, und es haben sich nach und nach Zustände entwickelt, welche auf die Dauer unhaltbar sind und zu einer baldigen durchgreifenden Reform drängen, die namentlich von den Beamten, welchen die Besorgung des Expeditionswesens obliegt, auf das lebhafteste herbeigewünscht wird. Wie man nun hört, sollen auch im Verkehrsministerium Beratungen gepflogen werden, welche die Vereinfachung der zahlreichen Vorschriften zum Ziele haben. Die einfachste und für die Postverwaltung finanziell beste Lösung wäre allerdings die Aufhebung jeglicher Postportofreiheit und die Einführung des Frankaturzwanges für alle Sendungen. Aber abgesehen davon, daß hierin eine große Härte für viele mit der Portofreiheit begünstigte Institute und Staatsdienervereine läge, wäre sie auch für die Justizverwaltung von nichts weniger als begrüßenswerten Folgen begleitet. Statt der so notwendigen Geschäftsvereinfachung würde eine neue Vielschreiberei hervorgerufen, welche künftighin in noch dickeren Auslagenregistern und umfangreicheren Postportiverzeichnissen zum Ausdrucke käme; weiterhin hätte sie auch, was wohl am meisten ins Gewicht fallen dürfte, eine Personalvermehrung bei den großen Gerichten zur unabweisbaren Folge. Es müßte zur Frankierung der zahlreichen Poststücke, zur Vormerkung und Verrechnung der Portiauslagen sowie der Führung der einschlägigen Register und Verzeichnisse eine besondere Arbeitskraft zur Verfügung stehen. Angesichts solcher schwerwiegenden Folgen dürfte die Justizverwaltung einer derartigen Lösung der Frage keineswegs freundlich gegenüberstehen. Da es sich nun frägt, ob nicht ein anderer für beide Staatsverwaltungen gangbarerer Weg, bei dem die beiderseitigen berechtigten Ansprüche und Wünsche Befriedigung finden könnten, möglich sei, so wird folgender Vorschlag gemacht. Alle Sendungen in das Ausland bleiben ohne Ausnahme wie bisher dem Frankaturzwang unterworfen. Die übrigen Sendungen innerhalb Bayerns sowohl als auch im Gebiete des Deutschen Reiches zerfallen hinsichtlich der Portopflicht in zwei Gruppen und zwar in a) portobefreite und b) portopflichtige. Zur Gruppe a gehören die Sendungen in Staatsdienstangelegenheiten, in denen das Porto ohnehin mangels eines Schuldners der Staatskasse zur Last fallen würde. Hieher zählen alle Staatsaufsichts- und Disziplinarsachen (soferne nicht eine Verurteilung zur Kostentragung vorliegt), dann die Sendungen in den Verfahren zur Erhebung und Verrechnung von Geldstrafen, Gebühren und sonstigen Kosten. Den Staatsdienstangelegenheiten gleichgestellt ist der amtliche Verkehr einer Anzahl von Anstalten und Staatsdienervereinen, welche der Staatsregierung angegliedert sind oder unter Staatsaufsicht stehen, wie z. B. die Kgl. Bank, die Kgl. Brandversicherungsanstalt mit ihren Abteilungen, die Kgl. Flurbereinigungskommission, die Landeskulturrentenanstalt, die Kgl. Untersuchungsanstalten für Nahrungs- und Genußmittel, die Pensions- und Unterstützungsvereine der Staatsdiener, die Waisenräte u. a. Bei dieser Gruppe dürfen ferner die Sendungen nicht unerwähnt bleiben, welche jetzt schon im Gebiete des gesamten Deutschen Reiches vom Porto befreit sind, wie die Militär- und Marinesachen unter der Bezeichnung „Militaria" oder „Marinesache", ferner die Sendungen an das Reichsjustizamt (Strafregistersachen), das Reichsgericht (Kosteneinziehung), die Reichsbankanstalten (Dienstangelegenheiten) und das Reichsmünzmetalldepot (Münzeneinsendungen), welche mit dem Vermerke „Reichsdienstsache" zu versehen sind. Die Gruppe b würde hingegen umfassen die Sendungen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten einschließlich der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, in Konkurssachen, in Strafsachen, im Grundbuchwesen, in Verlassenschafts- und Vormundschaftssachen, sowie in den übrigen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, dann in der Justizverwaltung und endlich in Regiesachen. Diese Sendungen sind mit dem Vermerke „Frei laut Aversum Nr. . . ." zu versehen und unfrankiert aufzugeben. Zur Ausgleichung der für diese Sendungen geschuldeten Portibeträge würde die Justizverwaltung, wie dies für die Sendungen der Waisenräte (JMBl. 1902 S. 524), dann für die Zustellungen in der freiwilligen Gerichtsbar-



keit (JMBl. 1900 S. 591) bereits der Fall ist, Aversalsummen an die Postverwaltung zahlen. Die für die einzelne Sendung sich berechnenden Portobeträge jedoch werden in den Akten oder auf dem zurückbleibenden Originalschriftstücke vermerkt und es sind bei Erledigung des Prozesses, der Strafsache oder des Verfahrens die vorgemerkten Einzelbeträge zusammenzurechnen, mit den übrigen Kosten und zwar als rückzuersetzende Gerichtsauslagen zu Soll zu stellen und von den Kostenschuldnern zugunsten der Justizverwaltung einzuheben. Die Bestimmung aber, ob eine Sendung als „Regierungssache" oder als „frei" zu behandeln ist, wird den rechnungsführenden Sekretären in eigener Zuständigkeit überlassen. Anzufügen ist noch, daß gestattet werden sollte, an Privatpersonen Mitteilungen, welche weder durch das Verfahren vorgeschrieben noch im Interesse des Dienstes gelegen sind, z. B. Antworten auf die Anfragen über den Stand eines Prozesses, einer Konkurssache, Nachlaßsache usw. wie bisher unter dem Vermerk „portopflichtige Dienstsache" abzusenden. Unberührt sollten ferner auch die Bestimmungen über Zulässigkeit von Kosteneinhebungen mittelst Nachnahmesendung bleiben (JMBl. 1899 S. 1153). Könnte die Frage in dieser Weise zur Lösung gebracht werden, so würde hiedurch ein bedeutender Fortschritt in der Geschäftsvereinfachung erzielt, der von allen Beteiligten auf das freudigste begrüßt werden würde.

Amtsgerichtssekretär Wochinger in Nürnberg.

---

**Zwei Meineide besser als einer.** So paradox der Satz: „Zwei Meineide besser als einer" auch klingen mag, so hat er doch in der Praxis der Gerichte tatsächlich schon zuweilen seine Anerkennung gefunden; allerdings nicht allgemein, so daß man sagen könnte, ein Angeklagter, der zwei Meineide geschworen habe, sei immer besser gestellt als derjenige, der nur einen auf dem Gewissen habe, aber in einem besonderen Falle ist er angewendet worden. Gibt nämlich in einer Straf- oder Zivilsache ein Zeuge in erster Instanz auf Eid die Unwahrheit an und bleibt er auch in der zweiten Instanz auf der unwahren Aussage stehen, so wird er zuweilen milder bestraft, als wenn er wenigstens in zweiter Instanz der Wahrheit die Ehre gegeben und sein falsches Zeugnis widerrufen hätte. Es kommt ihm in ersterem Falle der Strafmilderungsgrund des § 157 des StGB. zugute, da er, wenn er in zweiter Instanz anders als in erster Instanz, also die Wahrheit angegeben hätte, seinen Meineid sofort offenbart und dadurch sich selbst eine Verfolgung zugezogen hätte. Gewährt man ihm aber den Milderungsgrund nach § 157, so äußert dieser seine Wirkung, weil sich die beiden Meineide nach der herrschenden Meinung als eine Handlung, ein fortgesetztes Verbrechen darstellen, auch auf den ersten Meineid. Billigt man die herrschende Meinung, so ergibt sich folgendes: Schwört jemand in erster Instanz als Zeuge falsch und sagt in zweiter Instanz richtig aus — macht also wenigstens in Richtung gegen denjenigen, dem die falsche Aussage Schaden brachte, sein Unrecht wieder gut — so wird er mit Zuchthaus von einem Jahr bis zu zehn Jahren oder von drei bis zu zehn Jahren bestraft. Schwört jemand dagegen in erster Instanz falsch und bleibt auch in zweiter Instanz bei seiner unwahren Aussage, — schädigt also einen anderen auch in zweiter Instanz und dadurch vielleicht dauernd — so trifft ihn nur eine Strafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren oder von neun Monaten bis zu sieben Jahren sechs Monaten Zuchthaus; also nicht nur das Strafmaximum, sondern auch das Strafminimum ist bedeutend erniedrigt. Und der verstockte, hartnäckige Verbrecher wird auch noch als Zeuge zugelassen (denn bei Annahme des § 157 ist die Aberkennung der Eidesfähigkeit unzulässig), er behält auch möglicherweise die bürgerlichen Ehrenrechte, denn sie müssen ihm nicht aberkannt werden. Wer aber sich reumütig gezeigt und noch so viel moralischen Halt besessen hat, um seine Verfehlung zu gestehen und, soweit möglich, den angerichteten Schaden zu beseitigen, kann nie mehr eidlich vernommen werden; ihm müssen die Ehrenrechte aberkannt werden. Das merkwürdige Ergebnis regt aber auch dazu an, seine Grundlagen näher zu untersuchen und insbesondere zu prüfen, ob es durch das Gesetz selbst verursacht ist. Ich will mich darüber, ob es überhaupt ein fortgesetztes Delikt als ein Delikt gibt, nicht auslassen. Dieser Begriff ist mit dem Gesetze nicht schlechthin unvereinbar, er ist vom Reichsgerichte sanktioniert, und die Praxis wird ihn daher nicht so leicht aufgeben. Ich will mich auch nicht darüber verbreiten, ob die Anwendung des § 157 in dem erwähnten Fall überhaupt gerechtfertigt ist, weil diese Frage meist von Geschworenengerichten so beantwortet wird und der Richter damit sich abfinden muß, ich werde aber zu beweisen versuchen, daß hier wenigstens ein fortgesetztes Verbrechen nicht vorliegt oder zum mindesten, daß auch diese Annahme jene ungerechte Entscheidung nicht rechtfertigt. Es widerspricht gerade die Zuerkennung des § 157 des StGB. der Annahme eines einheitlichen Entschlusses. Denn wenn dieser Paragraph, der doch zweifellos dieselbe subjektive Auffassung berücksichtigt, die beim Notstande vorherrscht, anwendbar ist, so darf ein neuer Entschluß des Täters vorausgesetzt werden. Es ist dies freilich nicht so zu verstehen, als sei dies der Entschluß, sich den § 157 zu sichern, sondern es ist der Entschluß, jetzt wieder die Unwahrheit zu sagen, damit der erste Meineid nicht ruchbar würde. Damit fällt aber begrifflich das „fortgesetzte Verbrechen". Doch, wie gesagt, auch bei Annahme eines fortgesetzten Verbrechens ist jene Entscheidung, wenn sie auch von dem Reichsgerichte in einem unveröffentlichten Urteile gebilligt wird, verfehlt. Denn wie das Reichsgericht selbst bei anderen Vergehen und Verbrechen anerkennt, schließt die Tatsache, daß eine auf einheitlichem Entschlusse beruhende Handlung teilweise mit qualifizierenden Merkmalen begangen wurde, die Annahme eines „fortgesetzten Deliktes" nicht aus (§§ 242, 243 des RStGB., vgl. RGE. v. 19. März 1896, Goltd. Arch. Bd. 44 S. 48). Es ist daher wohl möglich, ein fortgesetztes Verbrechen des Meineides anzunehmen, ohne daß man den Milderungsgrund des § 157 auch dem ersten Meineide zugute kommen läßt und ohne daß man gehindert ist, wegen dieses ersten Meineides auf die Nebenstrafen des § 161 zu erkennen.

Dr. jur. Würzburger in Bayreuth.

---

**Die Auslegung der erbrechtlichen Bestimmungen in den Vater- und Muttergutsverträgen.** Bei obigen Verträgen wurden vor 1900 — man darf wohl sagen allgemein — die Kinder als Erben und nicht als Vermächtnisnehmer aufgefaßt und auch der überlebende Elternteil wurde als Erbe erachtet. In der Ent-

scheidung des Oberst. LG. vom 3. April 1895 ist ausgesprochen: „Was die Kinder als Vater- oder Muttergut bekommen sollen, können sie nur als Erben beanspruchen und erhalten.“ Mit dem Inkrafttreten des BGB. sind Zweifel entstanden. In den in den Bl. f. RA. Jahrg. 67 Nr. 27 u. 28 erschienenen beiden Abhandlungen wird der Auffassung, daß die Kinder vielfach bei diesen Verträgen nur die rechtliche Stellung von Vermächtnisnehmern haben, beigestimmt. Hiernach ist der Richter in jedem einzelnen Falle vor die Frage gestellt: „Sind hier die Kinder Erben oder Vermächtnisnehmer?“ Auch bei Beachtung der in den vorbezeichneten Abhandlungen gegebenen Anhaltspunkte wird es in vielen, wenn nicht in den meisten Fällen schwer sein, die Unterscheidung zu treffen. Man bedenke, in welcher Lage sich hier der Richter befindet und welcher Verantwortung er ausgesetzt ist. Bekanntermaßen lauten die meisten dieser Verträge dahin, daß die „Hälfte“ des reinen Gesamtvermögens der beiden Eltern als Vater- bzw. Muttergut hinauszukommen hat, also der volle Rücklaßwert. Entscheidet der Richter hier in einem ihm zur Beurteilung vorliegenden Falle, daß die Kinder Vermächtnisnehmer sind und wird später in höherer Instanz entschieden, daß die Kinder Erbeneigenschaft haben, so ist beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen das Ausgleichungsrecht der Kinder nach §§ 2050, 2052 BGB. verletzt. Also nicht nur hinsichtlich der Haftung für Nachlaßschulden, sondern auch auf vielen anderen Gebieten ist die oben angeregte Frage, ob die Kinder bei diesen Verträgen als Erben oder als Vermächtnisnehmer zu erachten sind, von hervorragender Bedeutung. Man wende sich zu dem Falle, welcher dem Beschlusse des I. Zivilsenats des Oberst. LG. vom 19. Februar 1904 zugrunde liegt. Die betreffenden Ehegatten hatten in dem Vertrage allgemeine Gütergemeinschaft vereinbart und sich für den Fall des Todes gegenseitig als „Haupterben ihres Gesamtrücklasses“ mit der Bestimmung eingesetzt, daß: a) die aus der Ehe vorhandenen Kinder von dem ehelichen Gesamtvermögen den vierten Teil als Vater- oder Muttergut zu erhalten haben, b) im Falle kinderlosen Vorablebens des einen Ehegatten der überlebende nicht gehalten sein soll, den nächsten Verwandten des Verlebten einen Rückfall zu bezahlen, c) der überlebende Eheteil für alle Fälle berechtigt sein soll, die zum Rücklasse des vorverstorbenen Eheteils gehörigen Grundstücke um einen billigen Anschlag, erforderlichen Falls um den zu ermittelnden Schätzungswert zu erwerben.“ Wenn hiebei die Kinder nur Vermächtnisnehmer und der überlebende Elternteil sohin der alleinige Erbe sein soll, so muß man sich fragen, was alsdann die Bestimmung sub Ziff. c bedeutet? Der alleinige Erbe erwirbt die Nachlaßgrundstücke eo ipso und es bedarf keiner Bestimmung, wonach der Alleinerbe für berechtigt erklärt wird, die Grundstücke um einen billigen Anschlag zu erwerben. Der Verfasser dieses war vor 1900 mehrere Jahre lang als Nachlaßrichter im Gebiete des bayer. Landrechtes tätig und es sind ihm Verträge solcher Art mit der verschiedenartigsten Formulierung zur Behandlung vorgelegen, er hat aber jedesmal die Auffassung gewonnen, daß die mitunter mit Bezug auf den überlebenden Elternteil gebrauchten Ausdrücke wie „Universalerbe, Haupterbe, ausschließlicher Erbe“ u. dgl. ihre volle Bedeutung nur dann erhalten, wenn keine Kinder da sind, daß aber bei Konkurrenz mit Kindern nur gesagt sein will, daß der überlebende Elternteil das Gesamtvermögen zu Alleinbesitz erhält und daß diese Ausdrücke durch die Vater- und Muttergutszuwendung beim Vorhandensein von Kindern paralysiert werden. Der Verfasser dieses ist bereits in einer in den Blättern für RA., Jahrg. 69 Nr. 22 erschienenen Abhandlung der Auffassung entgegengetreten, daß die Kinder in den fraglichen Verträgen als Vermächtnisnehmer erachtet werden könnten, und es ist dort eine Konstruktion niedergelegt, derzufolge in den Fällen, in welchen vor 1900 der überlebende Elternteil ohne Uebergabsvertrag in den Besitz des Gesamtvermögens gelangte, dieser auch heute ohne die Kosten der Auseinandersetzung oder der Abtretung der Nachlaßanteile durch die Kinder in diesen Besitz gelangt. Da nun diese Fragen für mehr als drei Millionen Bewohner Bayerns von höchster Wichtigkeit sind, wäre eine wissenschaftliche Debatte erwünscht.

Oberamtsrichter Neuhierl in Neukirchen.

---

**Zu Art. 56 des Polizeistrafgesetzbuchs.** In der Mitteilung zu Art. 56 des bayerischen PStGB. in Nr. 3 (S. 79) dieser Zeitschrift ist ausgeführt, daß in der Praxis häufig in besonders leichten Fällen auf die Strafe des richterlichen Verweises erkannt werde, weil die Strafbestimmung des Art. 56 II PStGB. zu hart sei. Ich halte diese Praxis für anfechtbar. Nach Art. 4 des AG. z. StPO. vom 18. August 1879 kommen auf diejenigen Handlungen, welche nach besonderen neben dem StGB. für das Deutsche Reich bestehenden Landesgesetzen mit Strafe bedroht sind, die in der Einleitung und dem ersten Teil dieses Gesetzbuchs enthaltenen Vorschriften insoweit zur Anwendung, als nicht nach dem Inhalt des einschlägigen Landesgesetzes anders bestimmt ist. Die §§ 1—79 StGB. finden daher auf die im PStGB. behandelten Uebertretungen insoweit Anwendung, als letzteres Gesetz nicht das Gegenteil bestimmt. Dabei ist nicht erforderlich, daß die Bestimmung ausdrücklich getroffen ist; es genügt, wenn sich aus dem Inhalt der landesgesetzlichen Spezialbestimmung die Nichtanwendbarkeit des Reichsgesetzes logisch ergibt. (Vgl. E. d. OGH. Bd. VII S. 535.) Art. 56 PStGB. bedroht in seinem Absatz II mit Haft bis zu sechs Tagen Sonntagsschulpflichtige, welche öffentlichen Tanzunterhaltungen anwohnen oder ohne Erlaubnis der Eltern rc. Wirtshäuser besuchen. Da die Werktagsschulpflicht in Bayern mit zurückgelegtem sechsten Lebensjahr beginnt und die Gesamtschulpflicht regelmäßig zehn Jahre dauert (7 Jahre Werktags- und 3 Jahre Sonntagsschule), so folgt, daß die Strafbestimmung des Art. 56 II PStGB. von vornherein nur gegen Personen unter 18 Jahren gerichtet ist. Als Spezialbestimmung gegen jugendliche Personen im Sinne des § 56 Abs. I StGB. läßt sie aber die Anwendung des § 57 StGB. nicht zu. Diese ist zwar nicht ausdrücklich, aber doch nach dem ganzen Inhalt des Art. 56 II PStGB. ausgeschlossen. Wollte man den § 57 Ziff. 4 StGB. für anwendbar erklären, so müßte man notwendigerweise auch die mit letzterer Bestimmung in untrennbarem Zusammenhang stehende Ziff. 3 des § 57 l. c. anwenden. Dies würde aber zu dem unhaltbaren Ergebnis führen, daß der landesgesetzlich normierte Strafrahmen von 1—6 Tagen Haft reichsrechtlich eine Ermäßigung auf einen solchen von 1—3 Tagen erleiden würde. Aus

den gleichen Erwägungen ist auch bei Art. 58 II PStGB. der § 57 StGB. nicht anwendbar. Dagegen ist auch in den Fällen der Art. 56 II und 58 II PStGB. die Frage, ob der Beschuldigte die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht bei Begehung der Tat besessen hat, gemäß § 56 I StGB. zu prüfen (s. Just. Min.Bek. vom 18. Mai 1894 JMBl. S. 97). Vgl. auch E. d. OGH. Bd. II S. 224; E. d. OLG. München Bd. VI S. 522.

Amtsrichter **Weber** in Amberg.

---

**Testamentsvollstrecker für einen Erbteil.** Im Oktober 1902 verstarb die Witwe M. Sch. Sie hinterließ ein eigenhändiges gültiges Testament, in dem sie ihre beiden Kinder Franz Sch. und Maria M. zu je ¹/₃ und ihre weitere Tochter Lina Sch. und ihre Enkelin Maria M., Tochter der vorgenannten Maria M., zu je ¹/₆ zu Erben berief. Außerdem ist wörtlich folgendes bestimmt: „Den meiner Enkelin Maria M. zufallenden Teil, wie auch das meiner Tochter Maria M. zukommende Kapital hätte ich gerne gesichert und denselben nur den Zinsengenuß auszuzahlen, für die Enkelin bis zur Verheiratung. Als Verwalter oder quasi Vormund wäre mir lieb, wenn es Herr L. F. übernehmen würde.“ In dieser Bestimmung erblickte das Nachlaßgericht die Ernennung des L. F. zum Testamentsvollstrecker, da die Erblasserin offenbar die Absicht hatte, ihre Tochter M. M. und ihre Enkelin M. M. in der Verfügung über ihren Erbteil zu beschränken. Während in Ansehung der minderjährigen Enkelin dem Willen der Erblasserin durch die Bestellung eines Pflegers hätte genügt werden können, war es in Ansehung der großjährigen Tochter M. M. nur durch die Anordnung einer Testamentsvollstreckung möglich, die Tochter M. M. in der Verfügung über ihren Erbteil in der gewollten Weise zu beschränken (§ 2084 BGB. und die Bem. 5 Abs. 3 zu § 1909 BGB. bei **Planck**). Es ergaben sich rechtliche Bedenken, ob die Ernennung eines Testamentsvollstreckers nur in Ansehung eines Erbteils zulässig ist (**Planck** zu § 2197 Bem. 3, **Strohal**, Das deutsche Erbrecht 3. Aufl. Bd. 1 S. 281, dagegen **Brettner**: Das Recht 1900 S. 321, **Arnold**: Der Testamentsvollstrecker, München 1902 [J. Schweitzer Verlag] erschienen, S. 28). Die Ernennung eines Testamentsvollstreckers in Ansehung eines Erbteils dürfte für zulässig zu erachten sein: Nach § 1922 Abs. 2 BGB. finden auf den Anteil eines Miterben die sich auf die Erbschaft beziehenden Vorschriften Anwendung. Dem Erblasser steht das Recht zu, die Machtbefugnisse des Testamentsvollstreckers erheblich zu beschränken. Zulässig ist insbesondere die Ernennung eines Testamentsvollstreckers für bestimmte einzelne Zwecke (§§ 2222, 2223, 2338 Abs. 1 Satz 2). Nach der letzten gesetzlichen Bestimmung insbesondere steht dem Erblasser unter den Voraussetzungen des § 2338 Abs. 1 die Befugnis zu, für die Lebenszeit eines Abkömmlings die Verwaltung des diesem zugewendeten Pflichtteils einem Testamentsvollstrecker zu übertragen. So gut der Erblasser befugt ist, den Testamentsvollstrecker von der Verwaltung des ganzen Nachlasses (§ 2213 BGB.) oder ihn von der Verwaltung einzelner Nachlaßgegenstände auszuschließen (2268 BGB.), so gut muß es möglich sein, dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung nur einzelner Erbteile zu übertragen. Es ist mit dem Wesen des Testamentsvollstreckers nicht unvereinbar, daß er den letzten Willen des Erblassers nur teilweise auszuführen hat (§ 2203 BGB.). Dem Testamentsvollstrecker lassen sich vielmehr sowohl während des Bestehens der Erbengemeinschaft als nach deren Aufhebung bestimmte, im Wesen der Testamentsvollstreckung liegende Aufgaben zuweisen. Der Testamentsvollstrecker ist während des Bestehens der Erbengemeinschaft in Konkurrenz mit den Erben der übrigen Erbteile zur Mitverfügung und zur Mitverwaltung in Ansehung der Nachlaßgegenstände berufen, während seine Tätigkeit nach der Aufhebung der Erbengemeinschaft durch den Zweck seiner Ernennung begrenzt wird.

Amtsrichter **Barthelmeß** in München.

---

# Aus der Praxis der Gerichte.

## Reichsgericht.

### A. Zivilsachen.

I.

**Zu §§ 398, 826 BGB.** Durch Uebertragung der Rechte aus einem Tausch- (oder Kauf-) Vertrag gehen die Schadensersatzansprüche des abtretenden Erwerbers gegen den Veräußerer wegen arglistiger Täuschung nicht unter.

Gründe: Der Berufungsrichter verneint, daß der Klägerin, selbst wenn vom Beklagten ein Betrug gegen die Kaufleute K. verübt worden wäre, ein Anspruch auf Schadensersatz zustehe; denn die Klägerin klage lediglich aus dem Rechte der Kaufleute K. und diesen sei ein Schaden aus dem etwaigen Betruge des Beklagten nicht entstanden, weil sie ja noch im Tauschvertrage selbst ihre Rechte aus diesem Vertrage an die Klägerin abgetreten hätten, sodaß der Vertrag für sie materielle Wirkungen nicht gehabt habe. Diese Ausführung ist rechtsirrtümlich. Die Zedenten der Klägerin hatten durch den Abschluß des Tauschvertrags selbständige Rechte gegen den Beklagten erworben. Zu diesen Rechten gehörte auch der mit der Verübung des etwaigen Betrugs zur Entstehung gelangte Anspruch auf Schadensersatz. Diesen Anspruch verloren sie nicht dadurch, daß sie ihre erworbenen Rechte aus dem Tauschvertrag an die Klägerin abtraten und so denselben Preis für das Grundstück erzielten, der ihnen im Vertrag angerechnet war. Sie haben diesen Anspruch durch besondere Urkunde vom 20. Oktober 1902 an die Klägerin abgetreten und daher ist diese befugt, ihn geltend zu machen. (Urt. V 289/04 vom 4. Januar 1905.) —r.

II.

**Zu §§ 241, 433 Abs. 2, 814 BGB.** Auf Erfüllung einer Anstandspflicht kann nicht geklagt werden.

Gründe: Das Berufungsgericht stellt fest, daß die Parteien beim Abschlusse des notariellen Vertrags den Kaufpreis endgültig auf 346 000 Mk. festgesetzt haben mit der Erklärung, nur dies sei maßgebend, für den Beklagten bestehe eine Rechtspflicht nur zur Zahlung des festverabredeten Kaufpreises, es solle aber eine Anstandspflicht bestehen, zu dem festen Kaufpreis einen entsprechenden Betrag zuzuzahlen, falls sich bei einer vorzunehmenden Vermessung unter Zugrundelegung der ursprünglich geplanten Berechnungsart ein höherer Kaufpreis ergeben würde. Das Berufungsgericht nimmt an, aus einer Anstandspflicht könne ein klagbarer Anspruch nicht hergeleitet werden, wenn auch der Beklagte den über den vereinbarten Kaufpreis hinaus bezahlten Betrag nicht würde zurückfordern können (BGB. § 814). Dieser Satz ist hier um so richtiger, als damit zugleich in Auslegung der Vereinbarung der Beteiligten ihre Ansicht festgestellt wird. (Urt. V 316/04 vom 18. Januar 1905.) —r.

III.

**Zu §§ 97, 98, 455, 1120 BGB. Es kann unter Umständen der Wahl des Verkäufers einer Mehrzahl von (zu Zubehör gewordenen) Maschinen überlassen sein, wie er die empfangenen Teilzahlungen anrechnen will. Insoweit erlischt sein Eigentumsvorbehalt und Herausgabe-Anspruch auf die Maschinen.**

Da Beklagter nicht zu behaupten vermocht hat, daß die Ratenzahlungen auf bestimmte Maschinen geleistet seien, so hatte der Berufungsrichter zu prüfen und festzustellen, was nach dem Vertragswillen der Parteien mit solchen ohne nähere Angabe geleisteten Zahlungen geschehen sollte, und es läßt sich vom Rechtsstandpunkt aus nichts dagegen erinnern, wenn er für den erwähnten Fall ein Wahlrecht des Klägers als gewollt ansieht. Letzterer hat seine Wahl im Laufe des Prozesses in der Berufungsinstanz dahin getroffen, daß er die empfangenen Zahlungen auf alle Maschinen mit Ausnahme des Gasmotors und der Fraismaschine verrechnet hat. Damit brachte er den Eigentumsvorbehalt bezüglich jener anderen Maschinen zum Erlöschen. Sein Herausgabeanspruch ist daher insoweit, wie der Berufungsrichter auf Grund der erwähnten tatsächlichen Feststellungen ohne Rechtsirrtum angenommen hat, hinfällig geworden. (Urt. V 340/04 vom 28. Januar 1905.) —r.

## B. Freiwillige Gerichtsbarkeit.

**Darf in den Fällen der §§ 1666, 1635 des BGB. über die Frage, ob eine Anordnung der bezeichneten Art zu treffen ist, entschieden werden, bevor ein Pfleger für das Kind bestellt und über die Notwendigkeit des Einschreitens des Vormundschaftsgerichtes gehört worden ist?** Das Reichsgericht hat durch Beschluß des IV. Zivilsenats vom 9. Februar 1905 diese Frage in Uebereinstimmung mit dem Obersten Landesgerichte (siehe diese Zeitschrift Nr. 5 S. 130) bejaht. Die Erwägungen, welche für den Beschluß leitend waren, sind folgende: Die Notwendigkeit, in einem Verfahren, das eine Beschränkung oder die Entziehung des dem Vater zustehenden Erziehungsrechts zum Gegenstande hat, einen Pfleger zu bestellen, wird daraus hergeleitet, daß es sich um eine Angelegenheit des Kindes handle, an deren Besorgung der Vater verhindert sei. Es wird hieraus gefolgert, daß freilich eine vorläufige Verfügung ohne die Zuziehung eines Pflegers getroffen werden könne (so Kammer-G. Berlin in dem Beschluß vom 7. Januar 1901, Entsch. Bd. 2 S. 3; Bendix, Das deutsche Bürgerliche Recht 2. Aufl. Bd. 2 § 91), aber vor der endgültigen Entscheidung ein solcher gemäß § 1909 BGB. bestellt werden müsse. Die Angelegenheiten, in Ansehung welcher die Bestimmung des § 1909 getroffen ist, sind indes solche, zu deren Besorgung an und für sich der Gewalthaber oder Vormund berufen ist und für welche, weil diese Personen daran verhindert sind, ein Pfleger bestellt werden muß, während dem Vormundschaftsgericht die Betreibung nicht zusteht. Zu diesen Angelegenheiten gehören die Maßregeln, die auf Grund des § 1666 des BGB. zu treffen sind, nicht, auch stehen der Vater und das Kind bei der Prüfung, ob solche Maßregeln geboten seien, sich nicht als Parteien gegenüber, deren Interessen einander widerstreiten. Das Kind ist vielmehr, sobald die Anwendung des § 1666 in Frage kommt, Gegenstand amtlicher Fürsorge und dementsprechend ist auch das Verfahren geordnet. Zufolge § 1675 hat der Gemeindewaisenrat dem Vormundschaftsgericht Anzeige zu machen, wenn ein Fall zu seiner Kenntnis gelangt, in welchem das Vormundschaftsgericht zum Einschreiten berufen ist, während das letztere selbstverständlich auch auf andere Anregungen hin, die ein Einschreiten angezeigt erscheinen lassen, hierzu verpflichtet ist. Vor der Entscheidung soll das Vormundschaftsgericht gemäß § 1673 BGB. den Vater sowie Verwandte des Kindes, insbesondere die Mutter, oder Verschwägerte hören, und zwar den Vater, wenn nicht dessen Anhörung untunlich ist, andere Verwandte, ebenso Verschwägerte, sofern es ohne erhebliche Verzögerung und ohne unverhältnismäßige Kosten geschehen kann. Das Verfahren ist aber von Parteianträgen nicht abhängig, das Vormundschaftsgericht wird vielmehr gemäß §§ 12, 15 des Ges. über die Angel. d. freiw. Gerichtsb. auch behufs Feststellung der Tatsachen von Amts wegen tätig und kann jede ihm erforderlich erscheinende Beweiserhebung veranstalten. Zufolge § 57 Abs. 1 Ziff. 8, 9 und § 63 des nämlichen Gesetzes steht gegen eine Verfügung, durch welche die Anordnung einer der in den §§ 1665 bis 1667 des BGB. vorgesehenen Maßregeln abgelehnt oder eine solche Maßregel aufgehoben wird, den Verwandten und Verschwägerten, daneben auch jedem, der ein berechtigtes Interesse hat, diese Angelegenheit wahrzunehmen, die Beschwerde zu und endlich kann zufolge §§ 59, 63 das Kind, sofern es das vierzehnte Lebensjahr vollendet hat, in jenen Fällen selbst Beschwerde erheben. Daß für das Kind ein Pfleger zu bestellen sei, ist nirgends gesagt oder wenigstens angedeutet, die Notwendigkeit der Bestellung auch nicht als Regel anzuerkennen. Denn die Tätigkeit des Pflegers könnte doch nur in der Unterstützung des Vormundschaftsgerichts bei Ermittelung der Tatsachen und Erhebung der Beweise, in gutachtlicher Aeußerung über die zu treffenden Maßregeln und in Einlegung der Beschwerde oder der Veranlassung einer solchen bestehen und eine derartige Mitwirkung ist keineswegs schlechthin in jedem Falle geboten. Hierdurch wird nicht ausgeschlossen, daß das Vormundschaftsgericht einen Pfleger bestellt, wenn besondere Gründe dies zweckmäßig erscheinen lassen, denn zufolge § 1666 des BGB. hat es alle erforderlichen Maßregeln zu treffen und hierzu kann auch die Bestellung eines Pflegers behufs Vorbereitung der Entscheidung gehören. Allein die Entschließung hierüber steht im Ermessen des Vormundschaftsgerichts und die Unterlassung der Bestellung kann nicht als Verletzung des Gesetzes, die zufolge § 27 des Ges. über die Angel. d. freiw. Gerichtsb. die weitere Beschwerde begründen könnte, angesehen werden. Es muß deshalb die Frage, ob ein Pfleger zu bestellen sei, den Gerichten, die über die Tatfrage zu entscheiden haben, überlassen bleiben, und es kann nicht als gesetzwidrig betrachtet werden, wenn die bayerischen Gerichte, wie das Oberste Landesgericht mitteilt, einen Pfleger nur bestellen, wenn ein besonderer Grund dazu vorhanden ist. Y.

---

## C. Strafsachen.

**Nachdruck von Berichten über gerichtliche Entscheidungen. Tatsächlicher und rechtlicher Irrtum.** Eine Tageszeitung hatte Berichte eines anderen Blattes über gerichtliche Entscheidungen nachgedruckt. Auf Strafanzeige sprach das Landgericht den Redakteur frei. Es stellte fest, daß die Berichte „Ausarbeitungen wissenschaftlicher Art“ seien, sonach objektiv ein unberechtigter Nachdruck vorliege. Es nahm aber an, daß der Angeklagte nicht gewußt habe, daß es sich um wissenschaftliche Ausarbeitungen handle. Das Reichsgericht hob das Urteil auf und verwies die Sache zurück.

Aus den Gründen: Zutreffend geht die Revision davon aus, daß ein Irrtum über den Begriff von „Ausarbeitungen wissenschaftlichen Inhalts“ als Irrtum über das Strafgesetz nicht unter die Bestimmungen des § 59 StGB. fällt. Nun sagen allerdings die Gründe des landgerichtlichen Urteils, der Angeklagte habe nach der Form der fraglichen Berichte nicht erkennen können,

daß es sich um Ausarbeitungen wissenschaftlichen Inhalts handle. Diese Ausführung entbehrt der näheren Begründung, so daß das Revisionsgericht nicht in der Lage ist, zu prüfen, ob der § 59 StGB. richtig angewendet ist. War der Angeklagte sich über den Begriff der wissenschaftlichen Ausarbeitung klar (den die Urteilsgründe zutreffend wiedergeben), so ist nicht zu ersehen, inwiefern er das Vorhandensein von Tatumständen, die zum gesetzlichen Tatbestande gehören, nicht gekannt haben sollte. Die Strafkammer wird die Tatsachen festzustellen haben, über die der Angeklagte im Irrtum war. Fällt diese Feststellung zu seinen Gunsten aus, so ist zu erwägen, ob nicht eine Bestrafung aus § 18 Abs. 1 und § 44 des Ges. vom 19. Juni 1904 zu erfolgen hat, weil bei den Abdrucken die Quelle nicht angegeben ist. (Urt. des I. Str.S. vom 20. Februar 1905).

— — — n.

## Oberstes Landesgericht.

### A. Zivilsachen.

I.

**Art. 40 des Ges. vom 29. Mai 1886, Aenderungen der Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen betr. Eintragung einer „Vollstreckungshypothek" als „Sicherungshypothek"?** Am 8. Oktober 1904 beantragte J. zugunsten einer Forderung gegen die Witwe Rosa S. die Beschlagnahme von ihr gehörigen Grundstücken zum Zwecke der Zwangsversteigerung. Da als Besitzer der Grundstücke im Hypothekenbuche die Eheleute Leonhard und Rosa S. eingetragen waren, lehnte das Amtsgericht K. als Vollstreckungsgericht den Antrag bis zur Erbringung des Nachweises ab, daß Rosa S. die alleinige Erbin ihres verstorbenen Ehemannes geworden sei. Aus dem nämlichen Grunde wies dasselbe Amtsgericht als Hypothekenamt die von zwei Rentämtern gestellten Anträge zurück, wegen verschiedener fiskalischer Forderungen gegen Rosa S. Vollstreckungshypotheken auf dem Blatte für die fraglichen Grundstücke einzutragen. Am 11. Oktober erneuerten die Rentämter ihre Anträge, indem sie ein Schreiben des Amtsgerichtes G. vom 4. Juli 1903 vorlegten, wonach mehrere im Bezirke dieses Amtsgerichts gelegene Grundstücke nach dem Tode des Leonhard S. auf Grund Erbscheins des Amtsgerichtes N. vom 27. Februar 1902 auf die Witwe Rosa S. als Alleineigentümerin umgeschrieben sind. Das Hypothekenamt K. schrieb hierauf die eingangs bezeichneten Grundstücke auf Rosa S. um und trug unter Bezugnahme auf Art. 123 A.G. zum BGB., Art. 50 des Gesetzes betr. Uebergangsvorschriften zum BGB. und § 866 CPO. „Sicherungshypothek" für die angemeldeten Ansprüche in das Hypothekenbuch ein. Am 13. Oktober brachte J. beglaubigte Abschrift des erwähnten Erbschaftszeugnisses in Vorlage, inhaltlich dessen Leonhard S. auf Grund Erbvertrages von seiner Ehefrau Rosa als alleiniger Erbin beerbt worden ist, worauf die Beschlagnahme angeordnet und in das Hypothekenbuch eingetragen wurde. Die von Rosa S. gegen die Eintragung der Hypotheken für die Ansprüche des Fiskus eingelegte Beschwerde und die weitere Beschwerde blieben erfolglos, letztere aus nachstehenden Gründen: Die Umschreibung ist allerdings unter Verletzung der Vorschrift des § 141 Hyp.G. erfolgt, welche die Vorlegung des Erbscheins oder eines sonstigen Zeugnisses des Nachlaßgerichts über die eingetretene Erbfolge erfordert. Durch diesen Verstoß ist aber das Hypothekenbuch nicht unrichtig geworden, die Umschreibung steht vielmehr, wie die Beschwerdeführerin selbst dargetan hat, mit der wirklichen Rechtslage im Einklange und kann deshalb nach § 94 des Hyp.G. in der Fassung des Art. I Ziff. 11 des Gesetzes vom 20. Dezember 1903 nicht wirksam angefochten werden. Im Anschluß an die Eintragung der Rosa S. als der alleinigen Eigentümerin konnten für Forderungen gegen sie Hypotheken eingetragen werden. Auf Grund der für vollstreckbar erklärten Ausstandsverzeichnisse hätten gemäß Art. 40 des Gesetzes vom 29. Mai 1886, Aenderungen der Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen betr., für die Forderungen des Fiskus, für die abgesehen von den Gebühren ein gesetzlicher Hypothekentitel nicht bestand, Vollstreckungshypotheken zunächst nur vorgemerkt werden sollen. Die Vollstreckungshypothek des bisherigen Rechtes ist eine gewöhnliche Hypothek, bei der sich die Wirkungen der Eintragung, insbesondere der öffentliche Glauben des Hypothekenbuchs, auf die Forderung erstrecken. Die Bezeichnung der eingetragenen Hypotheken als Sicherungshypotheken gibt aber der Eintragung nicht einen unzulässigen Inhalt, wegen dessen nach § 94 Hyp.G. die Löschung anzuordnen ist. Das Hypothekengesetz kennt zwar die Bezeichnung „Sicherungshypothek" nicht, aber Hypotheken, bei denen sich die Wirkungen der Eintragung, insbesondere der öffentliche Glauben des Hypothekenbuchs, nicht auf die Eintragung erstrecken, sind auch dem bisherigen Rechte nicht fremd. Hypotheken für Forderungen, deren Betrag noch nicht feststeht, (§ 11 Abs. 2 Hyp.G. in der Fassung des Art. I Ziff. 1 des Gesetzes vom 20. Dezember 1903, § 19 Hyp.G.) können nur Sicherungshypotheken in diesem Sinne sein, und das Wesen der Inhaber- und Ordrepapiere bringt das gleiche für die Hypotheken mit sich, die für Forderungen aus solchen Papieren begründet werden (Planck, Komm. z. BGB. Bd. 3 S. 612 Note 3 lit. a). Bei Hypotheken für andere Forderungen besteht zwar kein Grund, die Wirkungen der Eintragung für die Forderung auszuschließen; die Hypothek wird aber nicht dadurch zu einem unzulässigen Rechte, daß die Forderung, um alle etwa möglichen Einwendungen gegen sie zu wahren, so behandelt wird, als wäre ihr Betrag nur in Gemäßheit des § 19 Hyp.G. vorläufig festgestellt. Auch eine solche Hypothek ist eine Hypothek im Sinne des § 1 Hyp.G., die Minderung der Wirkungen der Eintragung macht sie nicht zu einem Rechte anderer Art, wer ein Recht auf Erlangung einer Hypothek hat, erlangt nicht ein ihm nicht gebührendes Recht, wenn die Hypothek in solcher Weise eingetragen wird. Dadurch, daß die Hypotheken nicht nur vorgemerkt, sodern eingetragen worden sind, ist die Beschwerdeführerin, die die Forderungen und das Vollstreckungsrecht des Fiskus nicht bestreitet, nicht beeinträchtigt. (Beschl. I. ZS. Reg. III 8/1905 vom 13. Februar 1905.)

Mitgeteilt von E. Ydlagger, Rat am Obersten Landesgerichte.

II.

**Erbschein beim Erbschaftskaufe?**[1]) Der am 2. April 1903 in M verstorbene B. Kr. ist von seinen drei volljährigen Kindern A. B. und C. als gesetzlichen Erben beerbt worden. Diesen wurde gemeinschaftlicher Erbschein erteilt. Zu Urkunde des Notariats M. vom 26. November 1904 verkauften A. und B. „ihre Anteile an dem Nachlasse des Vaters, soweit derselbe sich noch in der Erbengemeinschaft befindet, und welche Anteile sowohl den Verkäufern als dem Käufer nach Inhalt und Umfang wohlbekannt sind, mit sofortiger dinglicher Wirkung" an C. Dieser übernahm „die auf dem Nachlaß des Vaters ruhenden öffentlichen Lasten und Abgaben" vom 1. Oktober 1904 an; im übrigen sollten „die gesetzlichen Vorschriften gelten". A. und B. bewilligten und beantragten die Erteilung eines Erbscheins für C. als alleinigen Erben. Der daraufhin von C. gestellte Antrag auf Erteilung eines Erbscheins für sich als Alleinerben wurde vom Nachlaßgericht mit der Begründung abgelehnt, daß die Erteilung eines Erbscheins an den Käufer eines Anteiles an einer Erbschaft zwar möglich erscheine,

[1]) Vgl. hiezu die Abhandlung in Nr. 6 S. 137 ff. und die Mitteilung in Nr. 6 S. 151, ferner Nr. 1 S. 31.



daß aber der Vertrag vom 26. November 1904 weder den Verkauf von Erbteilen noch einen Erbschaftskauf sondern nur eine Verfügung über einzelne Nachlaßgegenstände enthalte, da nach den gepflogenen Erhebungen die Erben den Nachlaß mit Ausnahme eines dazu gehörigen Anwesens unter sich verteilt haben und der „Erbschaftskauf" nach der eigenen Erklärung der Erben nur bezweckte, die Anteile des A. und B. an dem Anwesen auf C. zu übertragen. Die eingelegte Beschwerde wurde vom Beschwerdegerichte aus den gleichen Gründen zurückgewiesen. Auch die weitere Beschwerde wurde vom Obersten Landesgerichte zurückgewiesen. Hiebei führte der oberste Gerichtshof aus: Es kann dahingestellt bleiben, ob dem Beschwerdegericht darin beizustimmen sein möchte, daß ein Miterbe in Gemäßheit des § 2033 BGB. über seinen Anteil an dem Nachlaß als einheitliches Ganzes nur verfügen könne, solang noch der ganze Nachlaß gemeinschaftlich ist; durch den Uebergang der Anteile der Miterben A. und B. an dem Nachlaß auf C. konnte jedoch der gemeinschaftliche Erbschein nicht unrichtig werden. Dem BGB. ist eine Veräußerung des Erbrechts, durch welche der Erwerber an Stelle des Veräußerers Erbe würde, fremd. Es läßt im § 2033 nur Verfügungen über den Anteil eines Miterben an dem Nachlasse zu, die Veräußerung des Anteils ändert aber die eingetretene Erbfolge nicht. Der Erwerber wird weder, wie der Ersatzerbe, wenn der zunächst Berufene die Erbschaft ausschlägt, mit Rückwirkung auf die Zeit des Erbfalls Erbe, noch tritt eine Nacherbfolge im Sinne des § 2100 BGB. ein, indem der Erwerber im Zeitpunkte des Erwerbes Erbe wird, nachdem zunächst der Veräußerer Erbe geworden ist. Der veräußernde Miterbe bleibt Erbe, er haftet nach § 2382 BGB. auch fernerhin für die Nachlaßverbindlichkeiten und ein infolge des Wegfalls eines Miterben frei werdender Erbteil fällt ihm, nicht dem Erwerber an (§ 2373 BGB.). Der Erwerber des Anteils eines Miterben ist ebenso wie der Erbe des Erben (Planck, Komm. z. BGB. Bd. 5 S. 646 Note 5) nicht selbst Erbe des Erblassers, sondern Rechtsnachfolger des Erben (Strohal, Deutsches Erbr. 3. Aufl. Bd. 2 S. 97 ff.). Der Erbschein ist nach § 2353 BGB. ein Zeugnis des Nachlaßgerichts über das Erbrecht des Erben und bei Miterben über die Größe des Erbteils. Die Angaben, die er darüber enthält, haben nach den §§ 2365, 2366 BGB. öffentlichen Glauben. Er ist aber nicht bestimmt, Aufschluß darüber zu geben, ob der Erbe das, was er vermöge seines Erbrechts erlangt hat, noch hat, oder ob er darüber verfügt hat oder etwa der Anteil eines Miterben an dem Nachlasse nach § 859 Abs. 2 CPO. gepfändet worden ist. Da die Verfügung eines Miterben über seinen Anteil an dem Nachlasse ein außerhalb des Bereichs des Erbscheins liegender Rechtsvorgang ist, so wird der den Miterben erteilte Erbschein nicht dadurch unrichtig, daß einer der Miterben seinen Anteil an dem Nachlasse veräußert. Die in einem Beschlusse des Kammergerichts Berlin vom 18. Februar 1901 (mitgeteilt in der rheinpreuß. Zeitschr. f. d. Notariat 1901, S. 118) und vom Oberlandesgericht Colmar in einem Beschlusse vom 11. Februar 1903 (Entsch. in Angel. d. freiw. Gerichtsb. Bd. 3 S. 229) ausgesprochene Ansicht, daß der seinen Anteil an dem Nachlasse veräußernde Miterbe sein Erbrecht übertrage, der sich Planck, Komm. z. BGB. Bd. 5 S. 652 Note 1 angeschlossen hat, verwechselt den Anteil an dem Nachlasse, der dem Miterben vermöge seines Erbrechts angefallen ist, mit dem Erbrechte, vermöge dessen der Miterbe zur Erbschaft berufen worden ist. Aus dem Erbrecht einer Person kann, da das BGB. eine Transmission der Erbschaft nicht kennt, nicht eine andere Person Erbe werden. Das Ausschlagungsrecht ist nach § 1952 BGB. vererblich, das Erbrecht selbst ist weder vererblich noch übertragbar. Die angeführten Entscheidungen des Kammergerichts Berlin und des Oberlandesgerichts Colmar beruhen nicht auf der Rechtsauffassung, deren Widerlegung im vorstehenden versucht worden ist, es besteht deshalb kein Grund, die weitere Beschwerde in Gemäßheit des § 28 Abs. 2 GFG. dem Reichsgerichte vorzulegen. Dem Verkehrsbedürfnisse wird dadurch genügt, daß der Erwerber des Anteils eines Miterben an dem Nachlasse sein Recht durch den dem Miterben erteilten Erbschein in Verbindung mit der gerichtlichen oder notariellen Urkunde, die nach § 2033 BGB. über die Veräußerung des Anteils errichtet werden muß, nachzuweisen vermag. In dieser Weise wird auch der Beschwerdeführer die Umschreibung des zum Nachlasse gehörenden Anwesens im Hypothekenbuch erwirken können. (Beschl. I. CS. Reg. III Nr. 4 1905 vom 10. Februar 1905.) (K.)

---

### B. Strafsachen.

**Sonntagsruhe im Handelsgewerbe.** Einkassierer eines Abzahlungsgeschäftes sind, wenn nicht als „Gehilfen", so doch jedenfalls als „Arbeiter im Handelsgewerbe" im Sinne des § 150[b] Abs. 2 Gew.O. anzusehen. — § 146[a] Gew.O. setzt zu seiner Anwendung nicht vorsätzliches Handeln voraus; die Bestimmung über die Sonntagsruhe ist polizeilicher Natur und es genügt fahrlässiges Handeln, wie bei anderen polizeilichen Normen. Daher unterliegt ein Gewerbetreibender der Strafe daraus, wenn infolge seiner ungenügenden Ueberwachung seine Arbeiter im Handelsgewerbe ohne oder sogar gegen seinen Willen tätig geworden sind (vgl. Entsch. des RG. Bd. 27 S. 33; Rechtspr. Bd. 3 S. 411; Entsch. des Ob.LG. Bd. 4 S. 217). — Ein Notfall im Sinne des § 105[c] Abs. 1 Ziff. 1 Gew.O. ist nur dann anzunehmen, wenn es sich nicht um einen dauernden, vorhersehbaren, sondern um einen vorübergehenden, unvermutet eingetretenen Zustand handelt (vgl. Entsch. des Ob.LG. Bd. 4 S. 349; Sächsische Annalen Bd. 22 S. 298). (Urt. v. 23. Febr. 1905, Rev.-Reg. Nr. 466/04.)

Mitgeteilt von Bez.-Ass. Dr. Schmidt im Min. des Aeußern.

---

## Oberlandesgericht München.

**Arbeitskleiderfabrik, unrichtige Bezeichnung für ein Kleidergeschäft, deshalb unlauterer Wettbewerb.** Die Beklagten betreiben ein Kleidergeschäft, sie beschäftigen 10—12 Arbeiterinnen, nämlich 10 Näherinnen und eine Knopflochmacherin als Heimarbeiterinnen, eine Zuschneiderin in dem Geschäftslokal neben ihrem Laden; sie lassen zum großen Teil die in ihrem Geschäft verkäuflichen Arbeitskleider in auswärtigen Fabriken herstellen, aus Stoffen, welche sie selbst liefern; sie produzieren zum Teil auf Vorrat, nicht auf feste Bestellung; der Vorrat selbst ist nur ein unbedeutender. Gründe: Richtig präzisieren beide Teile den Streit dahin, ob Beklagte ihre Arbeitskleiderabteilung in Reklamen und auf Firmenschildern „Arbeitskleiderfabrik" nennen durfte und ob sie hiedurch den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorrufen konnte. Die erstere Frage ist zu verneinen, die letztere zu bejahen, und zwar jene nicht nur mit dem Erstrichter an der Hand der an die Gewerbepolizei anknüpfenden Rechtsprechung und Literatur, sondern auch wegen der landläufigen Anschauungen über Fabriken und Fabrikpreise. In Meyers Handlexikon des allgemeinen Wissens (1883) sind Fabriken als „gewerbliche Anstalten" bezeichnet, „wo durch das Zusammenwirken zahlreicher Menschenkräfte, mit Hilfe von Maschinen und unter Anwendung des Prinzips der Arbeitsteilung Rohstoffe in Kunstprodukte („Fabrikate") umgewandelt werden." Nach der gleichen Definition in Meyers „Konversationslexikon" (1897) wird die Steigerung der oben hervorgehobenen Momente gegenüber den anfänglich geringeren Faktoren des Handwerkes besonders betont,

daneben auch die Konzentration des Betriebes in „geschlossenen Räumen“ als Kriterium der Fabrik im Gegensatz zur Hausindustrie erwähnt. Dieses Kriterium kehrt auch samt der Mehrzahl der übrigen in dem im Jahre 1878 vorgelegten Entwurfe einer Gewerbeordnungs-Novelle wieder, welcher eine Legaldefinition der „Fabrik“ einführen wollte, vgl. RGE. in StS. Bd. 14 S. 426. Es ist zwar zuzugeben, daß für manche Industrieen das Fehlen eines der obigen Merkmale den Fabrikbegriff nicht zerstört; immerhin müssen aber, auch nach Ansicht des Laien, wenigstens einige zusammentreffen, um ihn zu schaffen. Als wichtigstes Element der Begriffsbestimmung und der Abgrenzung gegenüber dem Handwerk oder Kleingewerbe tritt aber allenthalben die Größe der Anlage hervor: die Teilung der Arbeit muß eine weitgehende, die maschinellen, motorischen oder sonstigen Hilfsmittel müssen bedeutsam, die Arbeiter zahlreich, die erzeugten Waren massenhaft sein. Hierzulande ist gerade der gemeine Mann, auf dessen Anschauungen es hier vorzugsweise ankommt, weil ja er der Hauptabnehmer von Arbeitskleidern ist, gewohnt, sich unter einer Fabrik eine große, schon baulich als solche weithin kenntliche Produktionsstätte mit Maschinenbetrieb, mit zahlreichen, unter Werkmeistern, Aufsehern und Direktoren stehenden Arbeitern u. s. f. vorzustellen; wenn das rheinische Publikum, wie das Oberlandesgericht Hamm in einem Erkenntnis feststellt, schon kleine Kaufleute, welche einen Teil ihrer Waren selbst herstellen, Fabrikanten nennt, und diesen Titel sogar einem Mützenmacher zubilligt, der mit drei Arbeitern Waren zum Selbstverkauf und für Wiederverkäufer (freilich mit Maschinen) „fabriziert“, so sind seine Benennungen von den hierzulande üblichen weit verschieden. Persönliches Mitarbeiten des Geschäftsinhabers ist zwar im Handwerk die Regel, aber nicht allgemeine Regel; gerade in der Herrenkonfektion ist der Chef oft nur kaufmännisch gebildet, überläßt die technische Leitung einem Zuschneider und beschäftigt, sei es in Werkstätten oder in Heimarbeit, mehrere, oft viele Gehilfen oder „Arbeiter“, ohne daß er sich deswegen Fabrikant nennen dürfte oder auch nur nennen möchte; dünkt ihm der Titel „Schneider“ zu gering, so nennt er sich marchand-tailleur oder bezeichnet sein Geschäft als „Atelier für Herrenbekleidung“, „Herrenkleidergeschäft“, „Konfektionsgeschäft“ usw. Steht den Beklagten keine dieser Bezeichnungen an, so geht aus ihrer Beschränkung auf die kaufmännische Leitung des Geschäftes und aus ihrer Unkenntnis des Schneiderhandwerks keineswegs die Berechtigung hervor, sich „Fabrikanten“ zu nennen. Dafür fehlen ihrem hier fraglichen Betriebe die wesentlichsten Voraussetzungen. Namentlich kann eine Zahl von 10—12 Arbeitern in der auf Handarbeit vorzugsweise angewiesenen Konfektionsbranche noch nicht als groß, das Vorhandensein einer Zuschneiderin, einer Knopflochmacherin und 10 weiterer Näherinnen nicht als erkleckliche Arbeitsteilung gelten. Auf Vorrat arbeiten heutzutage zahlreiche kleinere Schneider, sofern sie nur Kapital oder Kredit genug besitzen, um ein Stofflager und ein paar ständige Arbeiter zu halten; keiner von diesen ist Fabrikant. Vergebung von Konfektionsarbeiten an fremde Fabriken mag einer bestehenden Herrenkleiderfabrik die Eigenschaft eines Großbetriebes nicht nehmen, ist aber kein Kennzeichen der Fabrikeigenschaft, zumal wenn diese schon im übrigen fraglich oder gar, wie hier, überhaupt nicht vorhanden ist. Endlich hat aber den Beklagten niemand das Recht, sich wegen ihres kaufmännischen Engros-Geschäftes „Grossisten“ oder „Großhändler“ zu nennen, aus dem Grunde bestritten, weil sie einen Teil ihrer Ware selbst erzeugen; ihre Meinung, durch letzteres Unternehmen vom Großhandel zur Fabrikation übergegangen zu sein, ist irrig. Unrichtig ist ferner die in der Bezeichnung „Arbeitskleiderfabrik“ gelegene Behauptung der Beklagten, als ob sie ihre Arbeitskleider fabrikmäßig herstellten oder solche sämtlich selbst herstellten. Diese Behauptung erweckt auch den Anschein eines besonders günstigen Angebotes; denn jeder Laie weiß, daß der Kaufmann oder Fabrikant selbsterzeugte Waren, zumal am Platze, erheblich billiger verkaufen kann und auch gern billiger verkauft, als sein Ladennachbar, der solche Waren aus fremden Fabriken oder Lagern bezogen hat und daher mehr aufwenden muß, um sie zu erwerben und abzusetzen. Der Laie weiß ferner, daß der Uebergang der Ware in den örtlichen Konsum besonders dann sehr leicht und daher mit wenig Spesen belastet sein wird, wenn ihm eine Massenproduktion durch den Verkäufer selbst zugrunde liegt, und unter fabrikmäßiger Erzeugung versteht er eben die Produktion en masse oder en gros. Er weiß endlich, daß der ebenfalls selbstproduzierende Handwerker, auch wenn er im Laden gleichzeitig arbeitet und verkauft, doch minder vorteilhaft produziert, daher teurer verkaufen muß, als der Fabrikant. Aus all diesen Gründen erweckt die auf Schildern oder in Zeitungen enthaltene Ankündigung, daß in einem bestimmten Geschäfte selbstfabrizierte Ware verkauft werde, m. a. W. die Bezeichnung „Arbeitskleiderfabrik“ leicht den Anschein eines besonders günstigen Angebots; derartige Angaben beziehen sich auch zweifellos auf die Herstellungsart, die Art des Bezuges und die Bezugsquelle der Waren, fallen also, wenn wie oben gezeigt unrichtig, unter den § 1 des Wettbew.G. Die Ausschreibung der Preise in Annoncen und in Schaufenstern schützt den Kauflustigen nicht vor der durch das Wort „Fabrik“ hervorgerufenen Täuschung; denn jener, der ja Laie ist und die Preisunterschiede zwischen anderwärts gekaufter und fabrikmäßig hergestellter Ware nicht kennt, hält eben die ausgeschriebenen Preise gerade um der deutlich beigefügten Bezeichnung „Arbeitskleiderfabrik“ willen für Fabrikpreise. (Urt. vom 1. März 1905, L. 488/04). W.

## Oberlandesgericht Zweibrücken.

**Gebühr des Rechtsanwalts für Einreichung der Revisionsschrift nach § 8 EG. z. CPO.** Die Beschwerdeführerin, deren für die Berufungsinstanz aufgestellter Prozeßbevollmächtigter nach § 8 EG. z. CPO. die Revisionsschrift eingereicht hatte, hat hierfür eine Prozeßgebühr in Ansatz gebracht und erachtet sich dadurch beschwert, daß das Prozeßgericht nach § 23 Ziff. 1 RAGO. mit § 47 Ziff. 3 GKG. nur $^{3}/_{10}$ der Gebühr für erstattungsfähig erklärt hat. Die Begründung der Beschwerde, daß der die Revisionsschrift einreichende RA. damit als Prozeßbevollmächtigter in der Revisionsinstanz tätig gewesen sei und folglich eine Prozeßgebühr zu beanspruchen habe, findet im Gesetz keine Stütze. Die Eigenschaft eines Prozeßbevollmächtigten für die Revisionsinstanz kommt nur dem beim Revisionsgericht selbst zugelassenen RA. zu, von dem allein auch grundsätzlich die Revision eingelegt werden kann. Die Vorschriften des § 8 EG. z. CPO. enthalten eine Ausnahme, die den Parteien (insbesondere in den Fällen der Zuständigkeit des Reichsgerichts) die Kosten doppelter Anwaltsbestellung ersparen soll. Das Landgericht hat mit Recht den Anspruch auf die volle Prozeßgebühr verneint. Wenn sich auch die Tätigkeit des von der Beschwerdeführerin beauftragten RA. nicht auf die Herbeiführung einer Entscheidung über die Zuständigkeit des Revisionsgerichts beschränkte, sondern die Einlegung des Rechtsmittels selbst, also die Eröffnung einer neuen Instanz zum Gegenstande hatte, so kann doch, da für die Einlegung des Rechtsmittels eine eigene Gebühr nicht vorgesehen ist, — sie erscheint im Regelfall als durch die für die Instanz zustehende Prozeßgebühr abgegolten —, und da eine besondere Bestimmung über eine Gebühr für den Ausnahmefall des § 8 EG. z. CPO. nicht besteht,

nur entweder § 46 RAGO. (Beschränkung der Tätigkeit des RA. auf die Anfertigung eines Schriftsatzes) oder § 23 Ziff. 1 RAGO. mit der den § 7 des EG. z. CPO. ausdrücklich erwähnenden Ziff. 3 des § 47 GKG. in Frage kommen; von diesen Bestimmungen ist aber die letztere als lex specialis mit Recht vom Landgericht als die anzuwendende erachtet worden. In diesem besonderen Falle wird als gebührenpflichtiger Akt die Tätigkeit des nach § 8 EG. z. CPO. bestellten RA. nur insofern anerkannt, als ihr kraft Gesetzes die Bedeutung eines Antrags auf Verhandlung und Entscheidung über die Zuständigkeit des Obersten Landesgerichts zukommt, nicht aber, soweit sie die zur Wahrung der Notfrist schon in diesem Stadium gebotene Revisionseinlegung enthält. (Beschluß vom 12. Januar 1905.)[1]

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Lunglmayr.

## Oberlandesgericht Nürnberg.

**Ueber die rückwirkende Kraft der Hypothekengesetznovelle.** Im Jahre 1893 erklärten die Brauereibesitzerseheleute Sch. die Ein- und Vorrichtungen ihrer Brauerei und die tote Baumannsfahrnis in der Weise als Zugehörung ihres Anwesens, daß alle Neuanschaffungen von selbst ohne besondere Rechtshandlung in den Pfandverband treten sollten. Im Jahre 1896 lieferte der Fabrikant B. ihnen Maschinen unter Eigentumsvorbehalt und am 30. August 1898 ließ er zugunsten des letzteren im Hypothekenbuch Protestation eintragen. Am 28. Februar 1899 erwarb Kläger R. das Anwesen samt Zugehörungen durch Zwangsversteigerung. Seine Klage bezweckte die Löschung der Protestation. Das Landgericht gab ihr statt, die Berufung war erfolglos. Die beklagte Partei berief sich u. a. zu ihren Gunsten auf die rückwirkende Kraft des Gesetzes vom 20. Dezember 1903, Aenderungen des Hypothekengesetzes betr. Dieser Einwand wurde durch das Urteil vom 12. Dezember 1904 zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Die vom Erstrichter aus der angenommenen Eigenschaft der Maschinen als gewillkürtes Zubehör abgeleitete Rechtsfolge ihrer Haftung gegenüber dem gutgläubigen Hypothekgläubiger läßt sich nicht, wie die beklagte Partei meint, durch Bezugnahme auf das Hypothekengesetz neuer Fassung beseitigen. Allerdings sind hierdurch bewegliche Zubehörstücke von der Haftung ausgenommen, die nicht in das Eigentum des Besitzers gelangt sind, und zugleich die auf die gewillkürten beweglichen Zubehörungen bezügzüglichen Bestimmungen aus dem § 34 des Hyp.G. mit rückwirkender Kraft aufgehoben, allein dieser Rechtsänderung ist hier mit Recht nicht Raum gegeben worden, weil das Vollstreckungsverfahren gegen die Schuldner Sch. nach altem Gesetz erledigt worden war. Daß die betreibende Hypothekgläubigerin einen Teil ihrer Hypothek dem Ansteigerer freiwillig beließ, muß für den durch den Zuschlag erledigten Punkt des Umfangs des vom Ansteigerer erworbenen Eigentums ganz einflußlos bleiben. Die rückwirkende Kraft des neuen Gesetzes kann sich nicht auf Rechte beziehen, die unter dem alten Hypothekengesetze aus speziellem Rechtstitel (hier der Zwangsversteigerung), schon erworben waren; vielmehr muß für die hier zu entscheidenden Fragen das alte Recht maßgebend bleiben. H.

## Landgericht Nürnberg.

I.

**§ 903 CPO. ist öffentlichen Rechts und muß daher von Amts wegen angewendet werden, sobald seine Voraussetzungen vorhanden und bekannt geworden sind. — Ist dem Gericht bei Einreichung der Ladung zum Offenbarungseide bekannt, daß der Schuldner in den letzten 5 Jahren den Offenbarungseid geleistet hat, und liegt die nach § 903 CPO. erforderliche Glaubhaftmachung nicht vor, so darf es die Terminsansetzung ablehnen.** Am 27. Dezember 1904 hat M. beim Amtsgericht N. die Ansetzung eines Termins zur Ableistung des Offenbarungseides durch B. beantragt. Das Amtsgericht hat den Antrag abgewiesen, weil B. am 29. Januar 1901 den Eid geleistet habe und nicht glaubhaft gemacht sei, daß er seitdem Vermögen erworben habe. Hiegegen legte M. sofortige Beschwerde ein. Sie wurde verworfen.

Aus den Gründen: Die Entscheidung hängt von der Beantwortung zweier Fragen ab: 1. Hat das Gericht von Amts wegen zu prüfen, ob ein Schuldner, der den Eid innerhalb der letzten 5 Jahre geleistet hat, verpflichtet ist, ihn nochmals zu leisten? 2. Muß das Gericht Termin ansetzen, wenn ihm bekannt ist, daß der Schuldner in den letzten 5 Jahren den Eid geleistet hat und die nach § 903 CPO. erforderliche Glaubhaftmachung nicht vorliegt? 1. § 903, der die Verpflichtung des Schuldners zur Leistung des Eides von der Glaubhaftmachung späteren Vermögenserwerbs abhängig macht, ist nicht dahin zu verstehen, daß dem Schuldner eine Einrede gegeben wird. Er ist vielmehr von Amts wegen zu beachten. Die Vorschrift hat öffentlich-rechtlichen Charakter und soll zwecklose und überflüssige Eidesleistungen verhindern. Hiermit steht auch der Wortlaut des § 903 nicht im Widerspruch. Denn, da im Vollstreckungsverfahren die mündliche Verhandlung niemals obligatorisch ist (§ 764 CPO.), war eine sorgfältige und eingehende Regelung der Einwendungen des Schuldners erforderlich. Diese ist denn auch in den §§ 732, 766, 767, 771 Abs. 3 CPO. erschöpfend getroffen. Wenn daher sonst in der CPO. von dem Nichtbestehen einer Verpflichtung gesprochen wird, so muß die Bestimmung von Amts wegen beachtet werden, ohne daß es einer Einwendung des Schuldners bedarf. Daher ist auch der Ansicht von Gaupp-Stein (7. Aufl., Anm. I zu § 903), daß es Sache des Schuldners sei, im Termin die frühere Leistung des Eides geltend zu machen und zu beweisen, nicht beizupflichten[1]). 2. Wenn das Gericht verpflichtet ist, von Amts wegen die Vorschrift des § 903 a. a. O. zu beachten, so ist nicht einzusehen, warum erst ein Termin anberaumt werden sollte, wenn schon bei der Terminsbestimmung bekannt ist, daß der Schuldner nicht verpflichtet ist, den Eid zu leisten. Es besteht auch kein Grund, den auf § 903 beruhenden Mangel der Verpflichtung zur Eidesleistung anders zu behandeln wie die übrigen Voraussetzungen (vgl. Petersen-Anger § 900, Anm. 3). Sache des Gläubigers wäre es gewesen, sobald ihm die Tatsache, daß der Schuldner in den letzten 5 Jahren den Eid geleistet hat, bekannt geworden war, zu behaupten und glaubhaft zu machen, daß dieser nach Leistung des Eides Vermögen erworben habe. Daraus, daß er dies unterlassen hat, muß geschlossen werden, daß ihm solche Behelfe nicht zur Seite stehen. (Beschluß vom 11. Februar 1905.)[2])

(M.)

II.

**Zu §§ 850 Ziff. 1 CPO.** Durch Beschluß des Bezirksamtes H. vom 6. Januar 1905 wurde N. gemäß Art. 10 des Ges. vom 10. Mai 1902, die Zwangserziehung betr., für schuldig erklärt die Kosten der Zwangserziehung seiner Kinder Fr. und K. zu bestreiten. Am gleichen Tage (6. Januar 1905) wurde der Beschluß vom Bezirksamt H. gemäß Art. 10 Abs. 3 a. a. O. für

---

[1]) Das Beschwerdegericht hatte sich nur mit der Frage zu befassen, ob ein Anspruch auf eine höhere als die vom Landgerichte zugebilligte $^{3}/_{10}$ Gebühr besteht.

[1]) Vgl. das in Nr. 5 der Zeitschrift S. 136 abgedruckte Erkenntnis.

[2]) And. Mein. LG. Elberfeld 21. März 1900, Recht 4 S. 257, AG. Mannheim Februar 1901, Bad. Rechtspr 67 S. 124, LG. Hanau 1. Mai 1902, Recht 6 S. 297; übereinstimmend LG. Cöln in der Z. f. d. Rhein. Amtsr. B 20 S. 84, OLG. Bamberg Rechtspr. 1 S. 210, LG. Frankfurt in Frankf. Rundsch. 25 S. 164, LG. Dresden, Recht 5 S. 413.



vollstreckbar erklärt. Beschluß und Vollstreckungsklausel wurden am 19. Januar 1905 dem N. zugestellt. Am 18. Januar 1905 stellte die Gemeinde J. an das Amtsgericht N. den Antrag, zugunsten ihrer in dem Beschlusse vom 6. Januar 1905 bezeichneten Ansprüche und der Kosten je 6 Mk. an der wöchentlichen Lohnforderung des Schuldners gegen seinen Arbeitgeber zu pfänden. Das Amtsgericht D. hat den Antrag abgewiesen, weil die Pfändung unzulässig sei. Hiegegen hat die Gläubigerin sofortige Beschwerde eingelegt. Diese wurde verworfen.

Aus den Gründen: Gemäß Art. 6 und 7 AG. z. CPO. und KO. sind auf die Vollstreckung aus vollstreckbaren Urkunden der Verwaltungsbehörden die Bestimmungen der CPO. — selbstverständlich mit ihren Nebengesetze anzuwenden. Es ist also zweifellos, daß auch die Vorschriften des Lohnbeschlagnahmegesetzes vom $\frac{\text{21. Juni 1869}}{\text{29. März 1897}}$ zu berücksichtigen sind, umsomehr als im § 850 Abs. 1 Ziff. 1 CPO. ausdrücklich auf sie Bezug genommen ist. Nach § 1 des erwähnten Ges. ist die Pfändung einer erst fällig werdenden Vergütung für Arbeiten oder Dienste des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber schlechthin unzulässig. Von dieser Bestimmung ist im § 4 Ziff. 3 eine Ausnahme zugunsten der Unterhaltsbeiträge gemacht, welche den Verwandten . . . kraft Gesetzes zu entrichten sind. Diese Vorschrift enthält also eine Ausnahme und gestattet nach allgemeinen Grundsätzen keine ausdehnende Auslegung oder analoge Anwendung. Das in Ziff. 3 des § 4 festgelegte Privileg beschränkt sich also auf die dort genannten Angehörigen des Schuldners und kann nicht demjenigen eingeräumt werden, der, sei es freiwillig oder auf Grund gesetzlicher Vorschrift die dem Schuldner obliegende Unterhaltspflicht erfüllt hat, und dem eine Ersatzforderung zusteht. Denn derartige Leistungen sind nicht „Unterhaltsbeiträge" im Sinne der CPO. und des BGB. und deshalb entfällt bei ihnen die ratio legis, die zum Erlaß der Ziff. 3 des § 4 geführt hat. Ein Uebergang des Anspruchs des Unterhaltsberechtigten mit allen Vorzügen, wie ihn die Gläubigerin in Anspruch nimmt, ist nur da anzuerkennen, wo ein solcher im Gesetze ausdrücklich festgesetzt ist. Das Zwangserziehungsgesetz enthält aber keine solche Bestimmung, und deshalb hat es im vorliegenden Fall bei der Regel des § 1 des Lohnbeschlagnahmegesetzes zu bleiben (vgl. die Kommentare z. CPO. von Gaupp 5. Aufl. Anm. IV lit b Ziff. 1 zu § 850 und Anm. 91 und von Seuffert 8. Aufl. Anm. 13a, ad α und β S. 536, Bl. f. RA. Erg.-Bd. 15 S. 288.) (Beschluß vom 18. Februar 1905). (M.)

---

## Landgericht Augsburg.

**Zu § 99 Abs. III CPO. Welches Rechtsmittel ist gegen ein Urteil zulässig, das zu Unrecht in der Hauptsache keine Entscheidung trifft, sondern nur über die Kosten urteilt?** Z. hatte gegen H. Widerspruchsklage nach 771 CPO. erhoben. Im Termine wiederholte Kläger den auf Anerkennung des Eigentums und Pfandfreigabe gerichteten Antrag; Beklagter bat um kostenfällige Klagsabweisung, weil Kläger und Pfandschuldner gemeinsam nach vollzogener Pfändung und nach Klagestellung den Pfandgegenstand veräußert hätten. Dies gab der Kläger zu. Das Amtsgericht erließ Urteil: der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreites zu tragen. In den Gründen wurde ausgeführt: der Rechtsstreit sei in der Hauptsache erledigt. Gegen dieses Urteil legte der Kläger die sofortige Beschwerde ein. Auf Antrag des Beklagten wurde diese als unzulässig zurückgewiesen.

Aus den Gründen: der Erstrichter hat unrichtigerweise eine Entscheidung in der Hauptsache nicht getroffen. Bei den sich entgegenstehenden Parteianträgen zur Hauptsache war eine solche geboten. Dadurch, daß sie unterblieb, sind beide Parteien beschwert und berechtigt, das Urteil mit Berufung anzufechten. Von einer Erledigung der Hauptsache kann also keine Rede sein. Als Rechtsmittel gegen ein derartiges Urteil ist die Berufung, nicht die sofortige Beschwerde gegeben und es war daher diese als unzulässig zu verwerfen (vgl. Deutsche Juristenzeitung VII, S. 49). (Beschl. vom 14. II. 1905.)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Börger in Schwabmünchen.

---

## Aus den amtlichen Blättern.

**Reichsgesetzblatt:** Nr. 6 S. 33. Bek. betr. den Schutz von Erfindungen, Mustern u. Warenzeichen auf den 1905 in Lüttich, Görlitz u. Oldenburg stattfindenden Ausstellungen. — Nr. 7 S. 35. Zusatzvertrag z. Handels- u. Schiffahrtsvertr. mit Rußland v. $\frac{\text{10. II.}}{\text{29. I.}}$ 1894. — Nr. 8 S. 155. VO. betr. Inkrafttreten des Zolltarifg. v. 25. XII. 02 (Zeitpunkt 1. III. 06).

**Gesetz- und Verordnungsblatt:** Nr. 12 S. 57. VO. v. 25. II. 05, die Führung des Grundb. i. d. Landesteilen r. d. Rh. betr. — S. 59. VO. v. 25 II. 05, Geb. der Notare in Grundbuchsachen betr. — Nr. 13 S. 62. Bek. v. 6. III. 05 d. Normalstatut für der bayer. Pferdevers.-Anstalt vertretende Pferdeversicherungsvereine betr.

**Justizministerialblatt:** Nr. 3 S. 63. Bek. v. 27. II 05, die Dienstanweisung für die Grundbuchämter in den Landesteilen r. d. Rh. betr. — Nr. 4 S. 562. Bek. v. 6. III. 05, die Anl. des Grundb. in den Landesteilen r. d. Rh betr. S. 563. Bek. v. 21. II. 05, das Nachlaßwesen betr. — S. 565. Bek. v. 28. II. 05, die Ausscheidung u. Vernichtung von Akten bei den Amtsg. betr.

---

## Literatur.

**Weißler, Adolf,** Rechtsanwalt und Notar in Halle, Geschichte der Rechtsanwaltschaft. Leipzig 1905. C. E. M. Pfeffer. Brosch. M. 12.—, geb. M. 14.50.

Das glänzend geschriebene Werk behandelt die Geschichte der deutschen Rechtsanwaltschaft von ihren Anfängen bis zum Jahre 1879. Außerdeutsche Verhältnisse sind nur, soweit für das Verständnis notwendig, in den Kreis der Erörterungen gezogen. Ohne Vorläufer hat der Verfasser es in meisterhafter Weise verstanden, der deutschen Anwaltschaft ihre Geschichte zu geben. Er führt uns über den Rechtsweiser, den rechtskundigen Berater des Volksgerichtes, zum Vorsprecher, dem Offizialbeistand der Partei; er zeigt, wie der Vorsprecher sich in den Prokurator verwandelte, wie neben ihm unter dem Einflusse römischen Rechts der Advokat entstand, wie beide Aemter in Deutschland ineinander verschmolzen und sich daraus die heutige Rechtsanwaltschaft — der Titel scheint bayerischen Ursprungs — entwickelte. Mit besonderer Ausführlichkeit ist die Geschichte der Anwaltschaft in den beiden letzten Jahrhunderten behandelt. Daß preußische Verhältnisse im Vordergrunde stehen, ist klar. Doch sind auch süddeutsche, speziell bayerische Zustände in eingehender Weise gewürdigt; so ist dem im Jahre 1861 entstandenen bayerischen Anwaltsverein ein eigenes Kapitel gewidmet. Den bayerischen Anwalt wird besonders auch die ausführliche Darstellung einer Ende der Vierziger Jahre in Bayern ausgefochtenen Polemik über „Advokatenmoral" und die angebliche Berechtigung der „Prozeßlüge" interessieren. Besonders zu rühmen ist neben der klaren Darstellungsweise die auf jeder Seite sich zeigende begeisterte Liebe des Verfassers zu seinem Beruf, die sich gelegentlich auch in einer scharfen Kritik bestehender Mißstände, z. B. über die Unsachlichkeit der Verteidigung, äußert. Niemand wird das Buch ohne reiche Anregung aus der Hand legen; für den deutschen Anwalt ist seine Kenntnis geradezu Ehrensache. Rechtsanwalt Kißkalt.

**Olshausen, Dr. Justus,** Oberreichsanwalt, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 7. Auflage, neu bearbeitet unter Mitwirkung von Reichsanwalt Zweigert. 1. Band, 1. Hälfte. Berlin, Franz Vahlen. Brosch. M. 8.—

Olshausens Kommentar zum Strafgesetzbuch ist zu

bekannt und geschätzt, als daß es nötig wäre, zur Empfehlung dieses ausgezeichneten Werkes viel zu sagen. Seine Vorzüge, die tiefgründige, erschöpfende Durcharbeitung des Stoffes, die klare, übersichtliche Darstellung, die Verarbeitung der gesamten einschlägigen Rechtsprechung und Literatur haben ihn längst zu einem unentbehrlichen, nie versagenden Ratgeber für jeden mit der Strafrechtspflege befaßten Juristen gemacht. Ein Hauptverdienst des Verfassers ist es, daß er sich nicht damit begnügt, die Ergebnisse der Rechtsprechung und Literatur einfach aufzuzählen, sondern daß er sie kritisch beleuchtet und systematisch auf grundlegende Leitsätze zurückführt; so knüpft er das geistige Band zwischen Theorie und Praxis und steuert dadurch am wirksamsten jenem öden Präjudizienkultus, der in dem Nachbeten von Vorentscheidungen, sie mögen nun passen oder nicht, sein Heil sucht und noch immer, wo er überhand genommen hat, die Rechtsprechung von der Wissenschaft zum Handwerk heruntergedrückt hat. Die neue Auflage, von der die 1. Hälfte des 1. Bandes vorliegt, schließt sich in Form und Inhalt im wesentlichen der 6. Auflage an; überall aber zeigen mannigfache Verbesserungen, daß der Verfasser bestrebt ist, den Kommentar auf der Höhe zu erhalten, der er seinen Ruf verdankt. Sehr fein und zutreffend ist es z. B., wenn die Strafunmündigkeit und der Mangel des Strafantrages jetzt im Gegensatz zu den echten Strafausschließungsgründen, denen sie bisher angereiht waren, als prozeßhindernde Umstände bezeichnet werden. Rechtsprechung und Literatur sind bis auf die neueste Zeit berücksichtigt; rühmenswert ist das Bestreben hervorzuheben, Fremdwörter durch gute deutsche Ausdrücke zu ersetzen; auch finden sich zahlreiche Verbesserungen des Ausdrucks. Bei Note 15 zu § 57 dürfte es sich vielleicht empfehlen, auf die Bestimmung in § 340 Abs. 1 StPO. hinzuweisen. Hiernach wird die Erteilung eines Verweises im Anschluß an die Urteilsverkündung nur erfolgen können, wenn nicht nur der Verurteilte und der Staatsanwalt, sondern auch der gesetzliche Vertreter des ersteren auf die Einlegung des Rechtsmittels verzichtet haben. Die neue Auflage soll in 4 möglichst rasch aufeinander folgenden Halbbänden erscheinen, so daß zu erwarten steht, daß der Kommentar in seiner neuen Gestalt in Kürze vollständig vorliegen wird.

Staatsanwalt Degen.

**Schollmeyer, Dr. Friedrich,** Geheimer Justizrat, Universitätsprofessor in Berlin. Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im BGB. 2. völlig neubearbeitete Auflage. Berlin 1904, J. Guttentag. Brosch. Mk. 5.—, gebd. Mk. 6.—.

Bei der Neubearbeitung hat sich der Umfang dieses Werkes gegenüber der ersten Auflage verdoppelt. Hauptsächlich erklärt sich das Wachsen des Umfangs aus der Erweiterung des behandelten Stoffes; während die erste Auflage keine erschöpfende Darstellung der einzelnen Schuldverhältnisse bot, sondern nur die wichtigeren Schuldverhältnisse vollständig behandelte, fanden wir in der zweiten Auflage die sämtlichen Schuldverhältnisse in der Reihenfolge der Titel des BGB. erörtert. Damit und mit der Verarbeitung der inzwischen erschienenen Literatur und der Rechtsprechung hat das Werk als Hilfsmittel zum Studium erheblich gewonnen, wenn es auch nach dem Vorwort in erster Linie Absicht des Verfassers ist, ein Buch zur Orientierung zu schaffen. Dieser Zweck ist jedenfalls bei der Klarheit der Sprache und der Uebersichtlichkeit der Einteilung vollkommen erreicht; daß die Bearbeitung an Uebersichtlichkeit der Anordnung erheblich gewonnen hat, verdient besonders hervorgehoben zu werden. Am Eingang jedes Titels hat der Verfasser ein Literaturverzeichnis gegeben, das insbesondere auch die Einzeldarstellungen des betreffenden Schuldverhältnisses enthält; bei der Aufgabe, die sich der Verfasser gestellt hat, in knappen Zügen den Inhalt des Gesetzes zu erläutern, werden wir in dem Werke nicht in Einzelfragen eine Uebersicht über die gesamte Literatur und Rechtsprechung suchen; doch ist auf grundlegende Entscheidungen des Reichsgerichts verwiesen und in wichtigeren Fragen auf Meinungsverschiedenheiten in der Literatur hingedeutet. Nicht unerwähnt möchte ich lassen, daß sich der Verfasser bei Darstellung eines „deutschen" Rechts von den Ausdrücken des römischen Rechts mehr hätte frei machen müssen; ich verkenne nicht, daß die dem Juristen geläufigen Bezeichnungen des römischen Rechts zu gebrauchen da sehr nahe liegt, wo die deutsche Sprache über keinen gleich kurzen und die Sache gleich treffend bezeichnenden Ausdruck verfügt, allein, um nur ein Beispiel herauszugreifen, für locator und conductor — Wörter, die der Verfasser so ziemlich ausnahmslos für Mieter und Vermieter gebraucht — gibt die deutsche Sprache denn doch Wörter, die eben so kurz und gut und selbst dem eingefleischtesten Juristen nicht befremdlich sind.

Landgerichtsrat Keidel.

**Gareis, Dr. Karl,** Geh. Justizrat und Universitätsprofessor in München. Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1894 nebst dem Einführungsgesetze (ohne das Seerecht). Handausgabe mit Einleitung, erl. Anmerkungen und Sachregister. 3. Aufl. München 1905. C. H. Becksche Verlagsbuchhandlung (Oskar Beck). Gebd. Mk. 4.—

Das Buch gehört zu der beliebten Sammlung größerer Ausgaben von Reichsgesetzen, die in handlicher Form und geschmackvoller Ausstattung im Beckschen Verlag erscheinen. Die Erläuterungen sind in den Teilen, die grundlegende Fragen behandeln, ziemlich umfangreich gehalten, so z. B. bei den Vorschriften über den Kaufmannsbegriff (§§ 1—4), im übrigen beschränken sie sich auf kurze Verweisungen, bei denen insbesondere der Zusammenhang mit anderen Gesetzen verfolgt wird. Den einzelnen Abschnitten sind jeweils größere Einführungen (teilweise geschichtlichen Inhalts) vorangestellt.

von der Pfordten.

**Hofmann, Dr. August,** Gesetz, betreffend Kaufmannsgerichte vom 6. Juli 1904. Mit Erläuterungen und einem Anhange. IV u. 67 S. Ansbach 1905. C. Brügel & Sohn. Kart. 80 Pfg.

Die kleine zunächst wohl für Verwaltungsbeamte berechnete Ausgabe verwertet die Gesetzgebungsverhandlungen, ohne die Rechtsprechung heranzuziehen; leider entbehrt der anhangsweise beigefügte Auszug aus dem Gewerbegerichtsgesetz ebenso der Erläuterung wie die in neuester Zeit so vielfach besprochene Verhältniswahl — ein Mangel, der sicherlich nicht geeignet ist, zur Brauchbarkeit des Büchleins beizutragen.

M.

## Notizen.

Als Tag der Vereinigung der Amtsgerichte Regensburg I und Regensburg II wurde der 1. April 1905 bestimmt. An diesem Tage treten auch Veränderungen in der Zuständigkeit der Rentämter Regensburg I und II ein (Bek. v. 6. März 1905, GVBl. S. 78; vgl. Bek. v. 13. Oktober 1904, GVBl. S. 535).

☞ Die verehrl. Mitarbeiter werden höfl. gebeten, die Rückseiten der Manuskriptblätter frei zu lassen.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, II. Staatsanwalt im K. Staatsministerium der Justiz.

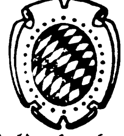
Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

Nr. 8. München, den 15. April 1905. 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von Th. von der Pfordten K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München, Karlsplatz 29.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.



## Ueber Rechtshilfe in Grundbuchsachen.

Von **Georg Meikel**, II. Staatsanwalt in München.

Nach Art. 8 bayer. AG. z. GBO. finden die Vorschriften des § 2 des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Grundbuchsachen, soweit nicht reichsgesetzliche Vorschriften bestehen, entsprechende Anwendung. § 2 FGG. lautet: „Die Gerichte haben sich Rechtshilfe zu leisten. Die §§ 158—169 des Gerichtsverfassungsgesetzes finden Anwendung." Dementsprechend bestimmt § 29 der Justizministerialbekanntmachung vom 27. Februar 1905, die Dienstanweisung für die Grundbuchämter in den Landesteilen rechts des Rheins betr. (JMBl. S. 76): „Die Grundbuchämter haben sich gegenseitig Rechtshilfe zu leisten (Art. 8 AG. z. GBO.; § 2 FGG.)."

I. Begriff der Rechtshilfe.

Die örtliche Zuständigkeit der Gerichte wird wie für das Gebiet der streitigen Rechtspflege, so auch für das der freiwilligen Gerichtsbarkeit, zu welcher auf Grund des Art. 1 bayer. AG. z. GBO. auch das Grundbuchwesen gehört,[1] durch das Gesetz bestimmt. Das örtlich zuständige Gericht hat alle zur Erledigung der ihm durch das Gesetz zugewiesenen Sache notwendigen Rechtspflegeakte vorzunehmen. Dem örtlich zuständigen Gerichte ist nun aber nur ein bestimmter Bezirk, sein Gerichtsbezirk, als Feld seiner Tätigkeit zugewiesen. Häufig gestattet die Erledigung einer Sache es dem zuständigen Gerichte, sich innerhalb der Grenzen seines Bezirkes zu halten; in manchen Fällen werden aber auch einzelne Amtshandlungen nötig, die außerhalb des Bezirkes vorzunehmen sind, sei es daß die Handlung *notwendig* außerhalb des Gerichtsbezirks vorgenommen werden muß, sei es daß es nur *zweckmäßig* erscheint, die Handlung nicht innerhalb, sondern außerhalb des Gerichtsbezirkes vorzunehmen, wie z. B. die Vernehmung nicht im Gerichtsbezirke wohnender Zeugen. Dann muß das Gesetz dem Richter, will es ihm nicht die ordnungsmäßige Sacherledigung unmöglich machen, gestatten, entweder die Handlung außerhalb seines Bezirkes selbst vorzunehmen oder die Beihilfe des Lokalrichters in Anspruch zu nehmen. Ersteres ist nicht ausgeschlossen (§ 167 GVG.), aber natürlich nur in beschränktem Maße möglich; in der Regel wird es angezeigt sein, den letztgedachten Weg einzuschlagen, dann spricht man von Rechtshilfe.[1])

Von *Rechtshilfe* kann daher nur dann die Rede sein, wenn infolge der territorialen Abgrenzung der Gerichtsbezirke ein Gericht genötigt ist, zur Herbeiführung richterlicher oder der richterlichen Mitwirkung bedürfender Handlungen, welche in einem fremden Bezirke vorzunehmen sind, die Hilfe anderer Gerichte in Anspruch zu nehmen.[2])

Daraus ergeben sich folgende Begrenzungen des Begriffs der Rechtshilfe:

Nach § 158 GVG. ist die Voraussetzung der Rechtshilfe, die Gerichte einander leisten, daß eine Amtshandlung außerhalb des Bezirkes des ersuchenden und im Bezirke des ersuchten Gerichtes vorgenommen werden *soll*. Dieses „soll" könnte zu der Meinung verleiten, es lasse sich nicht objektiv begrenzen, was Gegenstand der Rechtshilfe sein könne, sondern es wäre das souveräne Ermessen des ersuchenden Gerichtes maßgebend. Diese Meinung wäre falsch. Bei der Rechtshilfe muß es sich um eine Amtshandlung handeln, die der ersuchende Richter, will er nicht die Grenzen seines Bezirkes überschreiten, oder unzweckmäßig handeln, nicht selbst vornehmen kann, die, wie die Mot. zu § 157 ff. GVG. sagen, in einem fremden Gerichtsbezirke vorzunehmen ist. Nicht jede Amtshandlung kann hiernach Gegenstand der Rechtshilfe sein, vielmehr ist hierzu nur die Amtshandlung

---

[1]) Mot. d. bayer. AG. z. GBO.; *Achilles-Strecker*, Komm. z. GBO. S. 142; RG. vom 6. August 1903 (Entsch. Bd 55 S. 275), OLG. Hamburg vom 3. Juni 1904 (ROLG. Bd. 9 S. 145).

[1]) OLG. Jena vom 3. Mai 1902 (ROLG. Bd. 5 S. 261 f.).

[2]) OLG. Rostock vom 28. Mai 1903 (ROLG. Bd. 6 S. 497); ebenso OLG. Jena vom 28. März 1900 (ROLG. Bd. 1 S. 194) und Königsberg vom 15. Mai 1903 (ROLG. Bd. 8 S. 1).

geeignet, deren Vornahme an einen außerhalb des Bezirks des ersuchenden Gerichts liegenden Ort geknüpft ist. — Entscheidungen hat der Richter an seinem Amtssitze, also innerhalb der Grenzen seines Bezirkes zu treffen; eine Entscheidung zu treffen, kann daher nicht Gegenstand eines Ersuchens um Rechtshilfe sein.[1]) Das gleiche gilt aber auch für die Bekanntmachung[2]) erlassener Entscheidungen; diese sind nach Art. 8 AG. z. GBO., § 16 FGG. durch Zustellung bekannt zu machen; nur dann, wenn derjenige, dem sie bekannt gemacht werden sollen, bei dem Gericht, das die Entscheidung erlassen hat, anwesend ist, kann ihm die Entscheidung auch zu Protokoll bekannt gemacht werden. Ebensowenig fallen Ersuchen um Rechtsbelehrung[3]) einer Person unter den Begriff der Rechtshilfe.

Wenn ferner Art. 8 AG. z. GBO., § 2 FGG. unter Bezugnahme auf § 159 Abs. 2 GVG. vorschreiben, das Ersuchen um Rechtshilfe sei nur abzulehnen, wenn dem ersuchten Gerichte die örtliche Zuständigkeit mangelt oder die vorzunehmende Handlung verboten sei, so setzt doch diese Vorschrift voraus, daß überhaupt ein ordnungsmäßiges Ersuchen vorliegt; das ist aber nur dann der Fall, wenn aus dem Ersuchen ersichtlich ist, daß es sich um Ausführung einer bestimmten, dem ersuchenden Gerichte im Bereiche seines Geschäftszweiges zugewiesenen Tätigkeit handelt;[4]) denn die Verpflichtung der Gerichte, einander Rechtshilfe zu leisten, ist nicht dahin zu verstehen, daß Gerichte durch ein Ersuchen um Rechtshilfe veranlaßt werden können, Prozeduren einzuleiten, deren Einleitung dem ersuchten Gerichte nicht zusteht, vielmehr von einem bei Gerichte zu stellenden Parteiantrage abhängig ist.[5]) So haben z. B. die für eine Eintragung erforderlichen Unterlagen die Parteien selbst zu beschaffen. Der Grundbuchrichter hat lediglich die in dieser Hinsicht erfolgenden Erklärungen und Anträge der Parteien entgegenzunehmen, nicht aber ist er verpflichtet, die Leitung des Verfahrens selbst in die Hand zu nehmen und die Anbringung oder Beibringung der erforderlichen Anträge und Erklärungen aus eigener Initiative oder auch auf Anregung eines Beteiligten in der Weise zu bewirken, daß er die Interessenten dieserhalb zu einem Termine ladet. Deshalb wurde ein Ersuchen um Aufnahme einer formgerechten Erklärung des letzten Miteigentümers, nachdem sich die übrigen Miteigentümer eines Grundstücks wegen einer darauf eingetragenen Hypothek der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen und entsprechende Eintragung beantragt hatten,[1]) ferner ein Ersuchen, behufs Ermöglichung der lastenfreien Abschreibung eines Trenngrundstücks den auswärtigen Pfandgläubiger über die Entlassung des Trennstückes aus dem Pfandverbande zu vernehmen,[2]) für unzulässig erklärt, obwohl von den anwesenden Beteiligten die kommissarische Vernehmung der auswärtigen Beteiligten beantragt war.

Besteht in solchen Fällen auch keine Verpflichtung des angegangenen Gerichts zur Leistung der Rechtshilfe, so ist doch andererseits nicht ausgeschlossen, daß es einem sog. dienstfreundlichen Ersuchen Folge leistet.[3])

Wenn ein Gericht um Rechtshilfe ersucht wird, so hat es zu prüfen, ob es örtlich zuständig ist und ob die vorzunehmende Handlung nach dem maßgebenden Rechte nicht verboten ist (§ 159 GVG.). Dagegen ist das ersuchte Gericht nicht befugt, die Gültigkeit einer Rechtshandlung zu prüfen, welche die Voraussetzung einer ferneren bei ihm nachgesuchten Amtshandlung bildet,[4]) so ist es z. B., wenn es um Vernehmung eines Eigentümers ersucht wird, der sein Eigentum im Erbwege erworben hat, nicht befugt, das Ersuchen abzulehnen, wenn es der Auffassung ist, daß der Betreffende nicht Erbe geworden ist.

II. Beschwerde wegen Verweigerung der Rechtshilfe.

§ 160 GVG., dessen entsprechende Anwendbarkeit sich aus Art. 8 AG. z. GBO., § 2 FGG. ergibt, bestimmt: „Wird das Ersuchen abgelehnt oder wird der Vorschrift des § 159 Abs. 2 zuwider dem Ersuchen stattgegeben, so entscheidet das Oberlandesgericht, zu dessen Bezirke das ersuchte Gericht gehört. Eine Anfechtung dieser Entscheidung findet nur statt, wenn dieselbe die Rechtshilfe für unzulässig erklärt und das ersuchende und das ersuchte Gericht den Bezirken verschiedener Oberlandesgerichte angehört. Ueber die Beschwerde entscheidet das Reichsgericht.

Die Entscheidungen erfolgen auf Antrag der Beteiligten oder des ersuchenden Gerichts ohne mündliche Verhandlung."

Nun hat das Reichsgericht in seinen Entscheidungen vom 10. Januar 1901[5]) und vom 6. August 1903[6]) sich, und zwar mit Recht, für unzuständig erklärt; denn § 2 FGG. finde keine Anwendung, da dessen Vorschriften gemäß § 1

---

[1]) OLG. Jena vom 3. Mai 1902 (ROLG. Bd. 5 S. 261); Königsberg vom 15. Mai 1903 (ROLG. Bd. 8 S. 1).

[2]) OLG. Rostock vom 28. Mai 1903 (ROLG. Bd. 6 S. 497); OLG. Kassel vom 26. September 1904 (Seuff. Arch. Bd. 60 Nr. 90).

[3]) OLG. Rostock vom 28. Mai 1903 (ROLG. Bd. 6 S. 497).

[4]) OLG. Kassel vom 25. Februar 1901 (ROLG. Bd. 2 S. 392).

[5]) OLG. Hamm vom 15. Dezember 1900 (ROLG. Bd. 2 S. 236); Karlsruhe vom 5. Dezember 1901 (ROLG. Bd. 4 S. 219); a. M. OLG. Celle vom 15. November 1901 (ROLG. Bd. 4 S. 220).

---

[1]) ROLG. Bd. 2 S. 236; s. o.

[2]) OLG. Dresden vom 30. September 1902 (ROLG. Bd. 6 S. 498).

[3]) Vgl. auch bayer. Oberst. LG. vom 28. Mai 1903 (Samml. n. F. Bd. 4 S. 381).

[4]) OLG. Colmar vom 29. Oktober 1903 (ROLG. Bd. 7 S. 3?7).

[5]) ROLG. Bd. 2 S. 436 Anm.

[6]) Entsch. Bd. 55 S. 275.



FGG. nur für diejenigen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gelten, welche durch Reichsgesetz den Gerichten übertragen seien;[1]) zu diesen Angelegenheiten gehörten Grundbuchsachen nicht. Landesrechtliche Vorschriften vermöchten aber eine Zuständigkeit des Reichsgerichts nicht zu begründen. Wenn auch landesgesetzlich die Vorschriften des GVG. über Rechtshilfepflicht auf Grundbuchsachen für entsprechend anwendbar erklärt seien, könne doch keinesfalls der der Disposition der Landesgesetzgebung entrückte § 160 Abs. 1 Satz 3 GVG. auf den Fall, daß in einer Grundbuchsache die Rechtshilfe verweigert werde, angewendet werden.

Ebensowenig ist aber zur Verbescheidung der Beschwerde das Oberste Landesgericht zuständig; denn eine „weitere" Beschwerde liegt nicht vor, ebensowenig ist ein anderer Fall des Art. 42 AG. z. GVG. gegeben. Daraus ergibt sich, daß eine Beschwerde gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichtes unzulässig ist.

III. Ersuchen von nichtbayerischen und an nichtbayerische Behörden.

Die durch Art. 8 AG. z. GBO., § 2 FGG. statuirte Verpflichtung der Grundbuchämter, einander gegenseitig Rechtshilfe zu leisten, besteht nur im Verhältnisse der bayerischen Grundbuchämter zu einander.[2])

Ob ein bayerisches Grundbuchamt verpflichtet ist, einer nichtbayerischen Behörde, insbesondere dem Grundbuchamte eines anderen Bundesstaates Rechtshilfe zu leisten, bestimmt sich nach den bestehenden Staatsverträgen.[3]) In Betracht kommen insbesondere die zwischen Bayern und Württemberg und zwischen Bayern und Baden bestehenden Verträge (vgl. Ministerialerklärung Reg.-Bl. 1873 S. 306 § 7 Abs. 2; S. 1423 § 6) und ferner das Abkommen zur Regelung von Fragen des internationalen Privatrechts vom 14. November 1896 (Reichsgesetzbl. 1899 S. 285 ff.), das für Belgien, Frankreich, Luxemburg, Portugal, Spanien, Italien, die Niederlande, Schweden und Norwegen, die Schweiz, Deutschland, die Oesterreich-Ungarische Monarchie und Dänemark gilt. Soweit solche Verträge nicht bestehen, besteht auch keine Verpflichtung zur Rechtshilfe. Es ist aber klar, daß ein geordneter Grundbuchverkehr in Deutschland nicht möglich sein wird, wenn die Behörden der einzelnen Staaten einander nicht Rechtshilfe leisten. Aus diesem Grunde empfiehlt es sich, daß die Grundbuchämter der einzelnen Bundesstaaten, sofern sie nur örtlich zuständig sind und die vorzunehmende Handlung nach dem für das ersuchte Grundbuchamt maßgebenden Rechte nicht verboten ist, und sofern nicht besondere Kosten (s. Ziff. IV) entstehen, dem Ersuchen eines Grundbuchamts eines anderen Bundesstaates Folge leisten. Wird das Ersuchen abgelehnt, so kann nur ein Einschreiten der Justizverwaltung in Frage kommen. In Bayern wäre die Beschwerde an das K. Staatsministerium der Justiz zu richten.

IV. Wegen der Erstattung der Kosten der Rechtshilfe vgl. Bek. vom 16. April 1901, die auf Ersuchen der Behörde eines anderen Bundesstaats erfolgende Einziehung von Kosten in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und in Grundbuchsachen betr. (JMBl. S. 119) die Bek. vom 10. November 1904 die Kosten der Rechtshilfe unter den Behörden verschiedener Bundesstaaten betr. (JMBl S. 267) und die Bek. vom 11. Januar 1905 die Kosten der Rechtshilfe unter den Behörden verschiedener Bundesstaaten betr. (JMBl. S. 8 ff.). Diese Vorschriften finden aber nur in den Fällen Anwendung, in denen „Rechtshilfe" geleistet, nicht auch in den Fällen, in welchen dienstfreundliche Unterstützung gewährt wird.

[1]) Ebenso OLG. Kassel vom 9. September 1904 (Seuff. Arch. Bd. 60 Nr. 23).

[2]) Vgl. Fuchs-Arnheim, Komm. z. GBO. § 1 Anm. 15i S. 25; Achilles-Strecker, Komm. z. GBO § 1 Anm. I Ziff. 10 S. 147.

[3]) Vgl. OLG. Hamm vom 15. Dezember 1900 (ROLG. Bd. 2 S. 236); Hamburg vom 8. Juni 1904 (ROLG. Bd. 9 S. 145); Oberneck, Reichsgrundbuchrecht Bd. II S. 7.

---

## Ist das unbefugte Abholen (fremder) postlagernder Offertbriefe strafbar?

Von Dr. iur. Hans Schneickert,
Kriminalkommissär am Kgl. Polizeipräsidium in Berlin.

Ein Blick in den Inseratenteil einer Tageszeitung verrät sofort die starke Inanspruchnahme der Presse durch das Publikum zum Zweck der Vermittelung aller nur erdenkbaren Arten von Verträgen. Der größte Teil dieser täglichen Annoncen ist bestimmt, Angebot und Nachfrage auf dem Gebiete des Kaufes, der Miete, des Dienstvertrages und der Ehe zu regeln. Daß insbesondere der Inserent von Heiratsannoncen regelmäßig der den §§ 1303 ff. BGB. zugrunde liegenden guten Absicht des Gesetzgebers aus dem Wege geht, ist eine immer mehr erkannte Tatsache. Das allmähliche Bekanntwerden der Erfahrung einzelner, daß durch derartige Scheinannoncen in den meisten Fällen der eigentlich beabsichtigte Zweck, d. h. die gewünschten Beziehungen zu dem anderen Geschlecht, erreicht werden, hat einerseits zu einer Massenvermittelung der Presse geführt, die, diesen eigenartigen Bedürfnissen des Publikums Rechnung tragend, besondere Expeditionen für diese Massenkorrespondenzen errichtet hat. Andererseits wurde dadurch aber auch die Neugierde und Sensationssucht gewisser Elemente geweckt, die ständig nach dem Besitz jener diskrete Bekenntnisse enthaltenden Korrespondenzen trachten, was durch polizeiliche Beobachtungen am Postschalter auch schon festgestellt wurde.

Allerdings wird das unbefugte Abholen von Offertbriefen bei den Zeitungsexpeditionen durch Aushändigung besonderer Legitimationskarten an die Inserenten erschwert; aber ein großer Teil dieser läßt sich die Offertbriefe an ein bestimmtes Postamt senden, so daß jeder Leser der Annonce mit der veröffentlichten Adresse (d. i. Chiffre und Postamt), die dort einlaufenden Offertschreiben abholen könnte, da die Post in diesen Fällen die Aktivlegitimation des Empfängers nicht prüft und auch nicht prüfen könnte.

Von den Motiven der unbefugten Entnahme fremder postlagernder Briefe lassen sich zwei besonders hervorheben: erstens die erwähnte Neugierde, insbesondere bei sogenannten Heiratsannoncen und bei Gesuchen um Anschluß an das andere Geschlecht aus dem angeblichen Bedürfnis der Freundschaft, Bildung und Unterhaltung, zweitens der Eigennutz, z. B. A holt unbefugt die für B bestimmten Offertschreiben ab, um sich selbst mit deren Hilfe ein möbliertes Zimmer zu mieten oder die Gelegenheit zu einem günstigen Kaufvertrag zu verschaffen und so die Insertionskosten zu ersparen.[1])

Suchen wir die Strafbarkeit eines solchen Handelns zu begründen, so werden wir zunächst an § 299 StGB. denken: Der Täter eröffnet vorsätzlich und unbefugterweise einen „verschlossenen Brief", der „nicht zu seiner Kenntnisnahme bestimmt" ist. Die Strafverfolgung tritt hier nur auf Antrag ein; antragsberechtigt ist der Verletzte, hier der Absender, welcher Eigentümer des Briefes bleibt, solange diesen der Adressat noch nicht in Empfang genommen hat.[2]) Nun scheint aber die Form derartiger Offertbriefe bei Begründung des Antragsrechtes einige Schwierigkeiten zu machen; denn vielfach ist Absender und Adressat unbekannt, weil unbenannt. Der Offertschreiber kennt regelmäßig den Inserenten nicht, weil er sich unter einer Chiffre die Offerten erbittet, und andererseits nennt der Offertschreiber nur selten seinen Namen, zumal bei Heirats- und ähnlichen Annoncen, weil er weiß, daß hier Nachfrage und Angebot vielfach nicht ernst gemeint sind. Bei dieser Sachlage wäre eine tatsächliche Verfolgung und Bestrafung des Täters auf Grund des § 299 StGB. erschwert, wenn nicht ganz unmöglich.

Da nach der herrschenden Lehre nur der Eigentümer des Briefes antragsberechtigt ist, so bleibt der Absender des Offertbriefes allein antragsberechtigt, weil das Eigentum oder der Gewahrsam bei unbefugter Entnahme des Briefes nicht auf den Adressaten, den Inserenten, übergegangen ist; der Inserent müßte also, wenn er die Bestrafung des ihm nachträglich bekannt gewordenen Täters erreichen will, zuerst den anonymen Offertschreiber ausfindig machen und ihn zur Antragstellung bestimmen; diese Lehre bietet dem verletzten Inserenten also eine sehr unsichere Handhabe zum Schutze seines gefährdeten Rechts des Empfanges postlagernder Briefe. Gesetzt ferner den Fall, der Inserent kommt an den Postschalter, um seine postlagernden Briefe abzuholen und trifft dort zufällig den Täter, der im Begriffe steht, die fremden Briefe für sich selbst abzuholen; Bestrafung auf Grund des § 299 StGB. kann nicht erfolgen, weil strafloser Versuch vorliegt (§ 43 Abs. 2 StGB.).

Sind die unbefugt abgeholten Offertschreiben nicht verschlossen, also z. B. nur Postkarten oder Drucksachen, oder eignet sich der Täter nur diese an, nicht dagegen die verschlossenen Offerten, so ist erst recht nicht an eine Verfolgung nach § 299 zu denken.

Bei diesem unzulänglichen Schutze der postlagernden Briefe sehen wir uns veranlaßt, uns nach anderen Strafbestimmungen umzusehen und finden eine solche auch in der Tat im § 246 StGB.: Die unbefugte Entnahme postlagernder Briefe ist unter gewissen Voraussetzungen als Unterschlagung strafbar. Diese Ansicht mag zunächst bedenklich erscheinen, wenn wir uns vergegenwärtigen, daß zum Begriff der Unterschlagung gehört, daß die Sache zur Zeit der Zueignung im eigenen Gewahrsam oder Besitz des Täters stehen muß, während sie in unserem Falle doch eigentlich im Gewahrsam des Postbeamten ist. In der Erlangung des Gewahrsams (Besitzes) für sich allein kann weder Unterschlagung noch Unterschlagungsversuch liegen, namentlich auch dann nicht, wenn der Täter bereits im Augenblicke des Besitzerwerbes Zueignung beabsichtigte.[1]) Von einigen Schriftstellern wurde auch schon die Behauptung aufgestellt, daß an einer Sache keine Unterschlagung begangen werden könne, wenn die Erlangung des Gewahrsams selbst eine strafbare Handlung darstellt. Aber trotz alledem läßt sich hier das Delikt der Unterschlagung konstruieren, wenn man auf den dolus des Täters das Hauptgewicht legt. Will der Täter die fremden Briefe nur eröffnen und lesen, wobei er zunächst nur gegen § 299 StGB. verstößt, so müßte er, um sich nicht einer Unterschlagung schuldig zu machen, die unbefugt entnommenen Briefe dem Berechtigten (Adressaten) wieder zuführen und dürfte namentlich keinen Gebrauch von den Briefen machen, also z. B. die in den Schreiben enthaltenen Angebote sich zu Nutzen machen: denn auch durch bloße Vorenthaltung der Sache kann Zueignung erfolgen,

[1]) Vgl. auch mein Beispiel in Groß' Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik, XIII, S. 288.

[2]) So die herrschende Lehre, vertreten von Frank, Olshausen, v. Liszt u. a. Anderer Meinung, der auch ich mich anschließe, sind Merkel und Binding, die grundsätzlich Absender und Adressaten für antragsberechtigt erklären.

[1]) So Frank ad § 246, II, 4.



da der dauernde Besitz, wie Frank a. a. O. ausführt, Ueberführung in das eigene Vermögen im wirtschaftlichen Sinne bedeuten kann; gerade hier sei besonderes Gewicht auf die entsprechende Absicht zu legen, d. h. es müsse sich in der Vorenthaltung des Besitzes die Absicht äußern, den Berechtigten (d. i. den Adressaten, Inserenten) von der Sache auszuschließen und diese zum eigenen Vorteil zu gewinnen. Wenn auch solche Briefe an sich kaum einen Vermögenswert haben, so kann das gleiche doch nicht immer auch von ihrem Inhalt gesagt werden; der Brief kann z. B. ein günstiges Angebot enthalten. Solange der Täter noch die Absicht hat, die unbefugt entnommenen Briefe unter Wahrung ihres wirtschaftlichen Wertes an den Berechtigten zurückzugeben, liegt Zueignung nicht vor; so Frank a. a. O. Es liegt aber in der Natur der Offertbriefe, daß sie eine länger dauernde Vorenthaltung nicht vertragen, ohne daß ihr wirtschaftlicher Wert vermindert oder zerstört wird.

Daß der Unterschlagende den Gewahrsam der Sache anvertraut erhält, ist nur ein erschwerender Umstand; denn für den Begriff der Unterschlagung ist es gleichgültig, auf welche Weise der Täter den Gewahrsam erlangt hat, ob durch Zufall, durch Irrtum oder durch eine strafbare Handlung;[1]) so ist es auch möglich, den Versuch der unbefugten Entnahme postlagernder Briefe strafrechtlich zu ahnden.

Daß der Täter die postlagernden Briefe abholt, nur um sie zu lesen und dann wieder zurückzugeben, wird die Ausnahme sein; in der Regel wird der dolus auf die völlige Aneignung, auf die dauernde Vorenthaltung der Briefe gerichtet sein, so daß dem gesamten Handeln eine juristische Einheit innewohnt und das Delikt des § 299 durch § 246 konsumiert wird.[2])

In der Sitzung vom 27. September 1904 hat auch die 9. Strafkammer des Landgerichts I Berlin das widerrechtliche Abholen postlagernder Offertbriefe als Unterschlagung bestraft.

[1]) Vgl. v. Liszt, Lehrbuch d. d. Strafrechts 12. Aufl. § 131, II, 2.

[2]) Aehnlich Frank a. a. O. ad § 299 VI, der das Delikt des § 299 durch Diebstahl (§ 242) konsumiert erklärt.

## Aerzte und Zahnärzte.

Von Landgerichtsrat **Karl Meyer** in München.

Das Anwendungsgebiet des § 147 Abs. I Nr. 3 RGew.O. ist von Kontroversen stark durchfurcht. Die markanteste Streitfrage kommt in einem Gegensatze der Rechtsprechung zum Ausdruck. Während die Rechtsprechung des preußischen Kammergerichts es allen Personen, welche im Inlande nicht approbiert sind, schlechtweg verbietet, sich die Bezeichnung Arzt, Zahnarzt usw. im Inlande beizulegen, hält eine andere Ansicht in der Judikatur, die insbesondere vom Strafsenate des Bayerischen Obersten Landesgerichtes vertreten wird, den Gebrauch der Bezeichnung Arzt, Zahnarzt usw. auch beim Mangel der inländischen Approbation dann für zulässig und straflos, wenn die erwähnte Bezeichnung mit einem Beisatze gebraucht wird, welcher die Verwechslung mit einem im Inlande Approbierten, auch bei dem minder sachkundigen Teile des Publikums, ausschließt. Die vom Kammergerichte vertretene Ansicht schafft einen glatten Rechtsboden; die andere Ansicht stellt die Entscheidung des Einzelfalles auf tatsächliche Erwägungen ab.

Nun sind neuerdings die Streitfragen des § 147 Abs. I Nr. 3 um eine weitere vermehrt worden. Das Landgericht Dresden hat die Frage, ob praktische Aerzte den Titel „Spezialarzt für Zahn- und Mundkrankheiten" führen dürfen, im verneinenden Sinne zugunsten der Zahnärzte entschieden. Nach dem mir zur Verfügung stehenden Berichte führte der prakt. Arzt Dr. med. Br. seit 10 Jahren den Titel „Spezialarzt für Zahn- und Mundkrankheiten". Er wurde aus § 147 Abs. I Nr. 3 wegen Führung eines ihm nicht zustehenden zahnarztähnlichen Titels in Strafe genommen, da er wohl die Approbation als Arzt, nicht aber die als Zahnarzt besitze und demzufolge die Bezeichnung „Spezialarzt für Zahn- und Mundkrankheiten" sich nicht beilegen dürfe. Da in der Hauptverhandlung vor dem Landgerichte Dresden auch mein Name als der eines Sachverständigen genannt wurde, — wohl mit Rücksicht auf eine Abhandlung „die ich seinerzeit über § 147 Abs. I Nr. 3, die Titelführung der Zahnärzte und insbesondere über die Frage der amerikanischen Zahnärzte in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung Jahrg. 1902 Bd. 67 S. 305—313 und S. 321 bis 335 veröffentlicht habe, — sei es mir gestattet, mit ein paar Worten auf den Dresdener Fall hier zurückzukommen.

Die Strafbestimmung des § 147 Abs. I Nr. 3 erfordert zu ihrer Anwendung an objektivem Tatbestand den Mangel der Approbation und dann entweder die unmittelbare Bezeichnung als Arzt (Wundarzt, Augenarzt, Geburtshelfer, Zahnarzt, Tierarzt) oder die Beilegung eines arztähnlichen Titels. In diesem letzteren Falle muß die Bezeichnung geeignet sein, den Inhaber des arztähnlichen Titels als eine geprüfte Medizinalperson erscheinen zu lassen. Nach der subjektiven Seite genügt zur Anwendung des § 147 Abs. I Nr. 3 auch Fahrlässigkeit; das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ist auf Seite des Täters nicht erforderlich. In ihren beiden Alternativen enthält die Bestimmung eine Schutzvorschrift. Sie richtet sich gegen die Annahme solcher Titel, welche den Glauben im Publikum erwecken, daß man es mit einer im Inlande geprüften Medizinalperson zu tun habe.

In dem Dresdener Falle des Dr. Br. handelt es sich nun darum, in welchem Verhältnisse die Approbation als Vollarzt zu der als Zahnarzt steht, ob die Strafbestimmung des § 147 Abs. I Nr. 3 auch ein Schutzgesetz zwischen Arzt- und Zahnarzt aufbaut, ob es demzufolge dem im Inlande approbierten Arzte, wie Dr. Br., versagt ist, sich einen zahnärztlichen Titel beizulegen. Nach der Zweckbestimmung des § 147 Abs. I Nr. 3 darf meines Erachtens ein Arzt, der nach § 29 RGew.O. die vorgeschriebene Approbation der zuständigen Behörde erlangt hat, auch ohne besondere zahnärztliche Approbation sich einen zahnarztähnlichen Titel, wie Spezialarzt für Zahn- und Mundkrankheiten, beilegen.

Die Vorschrift des § 147 Abs. I Nr. 3 schafft kein Sonder- oder Vorrecht für die Zahnärzte gegenüber den approbierten Aerzten; sie zielt lediglich auf den Schutz des Publikums ab. Im Falle Dr. Br. fehlt es meiner Ansicht nach an dem ersten Erfordernis für die Strafbarkeit, dem Mangel der Approbation. Die Approbation als Arzt liegt vor. Der Arzt ist zur Ausübung der Heilkunde im ganzen Umfang, der innern wie der äußern, approbiert. Er darf sich als Spezialisten für einzelne Zweige der Heilkunde bezeichnen. Für spezielle Zweige der Heilkunde pflegt auch keine besondere Approbation erteilt zu werden. Ein approbierter Arzt darf sich auch als Zahnarzt bezeichnen oder sich zahnarztähnliche Titel beilegen; denn die erlangte Approbation gibt das Recht zur Ausübung der Heilkunde im vollen Umfang, ohne Beschränkung auf einen bestimmten Zweig. Mit der Approbation als Arzt ist dem ersten und höchsten Erfordernisse des § 147 Abs. I Nr. 3 Genüge getan. Nach den Vorschriften des Bundesrats sind für die Approbation als Zahnarzt geringere Anforderungen als für die allgemeine ärztliche Approbation gestellt.[1]) Die Vollapprobation enthält das Mehr und demgemäß auch die Berechtigung für das Mindere. Die Tätigkeit des Zahnarztes ist eine aus der allgemeinen ärztlichen Tätigkeit ausgelöste Spezialität. Daß umgekehrt die Approbation als Zahnarzt nicht zur Führung des Titels als Arzt ermächtigt, bedarf keiner weiteren Erörterung.

Die hier vorgetragene Ansicht vertritt vor allem von Schicker in seinem Kommentare zur RGew.O. IV. Aufl. Bd. I S. 98 ff. und S. 892. Auch von Landmann-Rohmer in ihrem Kommentare zur RGew.O. IV. Aufl. Bd. II S. 454 scheinen der gleichen Ansicht zu sein. Es ist zu wünschen, daß diese Streitfrage aus dem Bereiche der zahlreichen Kontroversen zu § 147 Abs. I Nr. 3 wieder ausscheidet. Leider kann eine Entscheidung des Reichsgerichts zu § 147 Abs. I Nr. 3 mit Rücksicht auf die bestehenden Bestimmungen über die Zuständigkeit der Gerichte und die prozessualen Rechtsmittel — § 27 Nr. 2, §§ 76, 123 Nr. 2 GVG., §§ 354, 376 StPO. — nur in den seltensten Fällen herbeigeführt werden.

Kurz vor der Drucklegung dieser Zeilen erfahre ich, daß das Oberlandesgericht Dresden auf Revision des Angeklagten das landgerichtliche Urteil zwar aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Entscheidung an die Vorinstanz zurückverwiesen, jedoch im allgemeinen daran festgehalten hat, daß die ärztliche Prüfung noch nicht zur Beilegung eines zahnarztähnlichen Titels berechtige.

[1]) Vgl. Zentral-Blatt 1889 S. 417 und 1890 S. 81.

---

# Das Bild der Person.

Eine kritische Studie zum sogenannten „Rechte am eigenen Bilde".

Von Notar **Dr. Rietsch** in Neuern (Böhmen).

## I.

Es ist eine unbestreitbare Tatsache, daß unser heutiges Privatrecht in manchen Punkten zugunsten des öffentlichen Rechtes eingeengt wird. Man denke z. B. an den Arbeitsvertrag. Dafür aber bringen ganz neue, eigenartige Rechtsverhältnisse ins Privatrecht ein. Eines hievon, das Namenrecht, hat schon seinen Einzug ins BGB. im § 12 gehalten. Jetzt kommt ein neues Persönlichkeitsrecht, dem man den Namen „Das Recht am eigenen Bilde" gegeben hat, und verlangt Einlaß. Es soll im nachstehenden samt seiner Bezeichnung näher geprüft werden.

Das Recht am eigenen Bilde setzt ein Bild der Person voraus, der das Recht zustehen soll. Dieses Recht könnte nur aus folgenden Tatsachen entstehen: Erzeugung des Bildes einer Person, Vorhandensein eines solchen Bildes; Veröffentlichung (Zurschaustellung) eines solchen Bildes; Kenntnis der abgebildeten Person von diesen Tatsachen; ihre Zustimmung oder Nichtzustimmung zu diesen Tatsachen.

An diese Tatsachen kann die Rechtsordnung nach unserer heutigen Rechtsanschauung Gebote und Verbote knüpfen, nie aber ein Recht der abgebildeten Person an dem Bilde; das Recht an dem Bilde könnte nur aus anderen Tatsachen entstehen. Wir finden es unter Umständen dem Rechtsgefühle entsprechend, wenn die Ausstellung von Bildern, sogar die Aufnahme von solchen ohne Zustimmung des Abgebildeten verboten wird, wir können es allenfalls auch billigen, wenn die Vernichtung solcher Bilder verfügt wird. Aber es widerspricht geradezu unserem Rechtsbewußtsein, wenn jemandem ein Recht an einem Bilde bloß aus dem Grunde zugesprochen wird, weil ihn das Bild darstellt.

Das Recht an dem Bilde könnte nur ein dingliches Recht sein, dessen Inhalt sich in „Genuß" und „Verfügung" erschöpft und aus dem dann ein Anspruch gegen eine Person entsteht,

wenn der Berechtigte in Genuß oder Verfügung von dieser Person beeinträchtigt wird. Ein solches Recht ist undenkbar. Ich muß hier auf den Sprachgebrauch näher eingehen. Man kann unterscheiden: Rechte auf eine Person und an einer Person. Diese sind heute — wenn wir von den verschiedenen Gewaltverhältnissen absehen[1]) — aus unserem Rechtsleben verschwunden. Heute richten sich die Rechte zumeist gegen eine Person. Bei den Sachen kann man Rechte auf eine Sache (aus obligatorischen, schuldrechtlichen Verhältnissen) und Rechte an einer Sache (dingliche Rechte) unterscheiden. Aber es gibt auch Rechte gegen eine Sache, die sich nicht immer gegen eine Person richten. Damit haben wir, was wir suchen. Das sogenannte Recht am eigenen Bilde ist nur ein Recht gegen das Bild.

II.

Wir haben es also mit einer falschen Bezeichnung zu tun, die Gefahr läuft, allgemein ohne Kritik angewendet zu werden. Ganz ähnlich geschah es mit dem Begriffe des geistigen Eigentums, der heute schon unausrottbar ist, obwohl er ganz falsch ist und nur zu schiefen Vorstellungen führt. In beiden Fällen ist der Begriff der Dinglichkeit unrichtigerweise hineingetragen, indem es sich zwar um absolute Rechte (Ausschließungsrechte), aber nicht um die einen engeren Begriff darstellenden dinglichen Rechte handelt. Wir müssen also den Ausdruck „Recht am eigenen Bilde“ ganz fallen lassen. Vorläufig wollen wir von dem Rechte gegen ein Bild sprechen.

Die Rechte gegen eine Sache verdienen eine nähere Betrachtung, da sie bisher noch kaum Gegenstand einer theoretischen Abhandlung waren. Im Privatrecht ist das Eigentum grundsätzlich die unbeschränkte Herrschaft über eine Sache. Dieses Recht kann durch andere Privatrechte (iura in re aliena) und durch das öffentliche Recht eingeschränkt, durch das letztere selbst vernichtet werden. Hier kommt nur die Einwirkung des öffentlichen Rechts in Betracht. Nehmen wir z. B. den Fall an, es habe sich jemand ohne Zustimmung des Eigentümers oder Wohnungsinhabers einen Schlüssel zu dessen Haus oder Wohnung machen lassen. Nach unserem Rechtsbewußtsein muß da das Eigentum gegenüber dem öffentlichen Wohle zurücktreten. Wir verlangen Beschlagnahme oder Vernichtung des Schlüssels. Das gleiche wird von einer widerrechtlich gemachten Abschrift einer Urkunde gelten. Ueberhaupt verlangt es unser Rechtsbewußtsein, daß jemand das, was er durch eine widerrechtliche Handlung erlangt, nicht behalten dürfe. Soweit in solchen Fällen das Strafrecht nicht ausreicht, muß die polizeiliche Tätigkeit der Staatsorgane eingreifen.

III.

Als Analogie zu dem sogenannten Rechte am eigenen Bilde wird häufig das Recht am Namen (§ 12 BGB.) angeführt. Ich will hier nicht näher darauf eingehen, ob es notwendig war, dieses Recht in das Privatrecht hineinzutragen. Es hat im Privatrecht geringen, vielleicht sogar gar keinen praktischen Wert.[1]) Aber auch die angeführte Analogie trifft nicht zu. Den Namen gebraucht man zur Bezeichnung seiner Person und andere bedienen sich oft des nämlichen Namens auch zur Bezeichnung. Das tut man mit dem Bilde nicht. Es hat also nur der Name, nicht das Bild einen Gebrauchswert. Außerdem ist der Name gar keine Sache, wie das Bild. Bei dem Namen handelt es sich immer nur um den einen Namen; Bilder einer Person kann es unzählige geben. Das Recht auf den Namen kann sich nur in Untersagung äußern, das Recht gegen ein Bild nur in Beschlagnahme oder Vernichtung.

IV.

Damit kommen wir auf den Inhalt des in Rede stehenden Rechtes. Es ist ein Recht auf Beschlagnahme oder Vernichtung des Bildes einer Person. Es hätte anders keinen Sinn, es kann nur darin bestehen. Es kann insbesondere nicht in dem bloßen Rechte der Untersagung der Zurschaustellung bestehen. Dieses Verbot ist nicht überwachbar und es würde dem Berechtigten gar nichts helfen. Die Sanktion könnte nur in Strafen bestehen, mit denen dem Berechtigten nicht gedient ist. Der Berechtigte muß die Gewißheit erlangen, daß das Bild nicht mehr ausgestellt werden kann, sobald er es überhaupt verbieten kann. Dieser Zweck wird nur durch Beschlagnahme oder Vernichtung erreicht. Die bloße Untersagung schützt den Abgebildeten auch nicht davor, daß sein Bild heimlich von Hand zu Hand wandert.

Das Recht gegen das Bild muß, wenn es einen Zweck haben soll, zur Vernichtung des Eigentums führen. Das ist die eigenartige Natur dieser Rechte. Der Berechtigte erlangt weder die Sache noch ein Recht darauf, aber er kann verlangen, daß sie dem Eigentümer endgültig entzogen oder vernichtet wird. Wir können also immer statt von einem Rechte am eigenen Bilde von einem Rechte auf Beschlagnahme oder Vernichtung des eigenen Bildes sprechen.

V.

Das Recht auf Vernichtung oder Beschlagnahme des eigenen Bildes ist kein Privatrecht und

---

[1]) Der Staat hat noch Rechte auf die Person seiner Staatsangehörigen, z. B. bei der Schulpflicht, Militärpflicht. Auch die elterliche Gewalt des Privatrechtes gehört hierher.

[1]) Die nähere Ausführung würde hier zu weit abseits führen. Ich weise nur darauf hin, daß die Rechtshilfe des § 12 gerade im wichtigsten Falle versagt, nämlich wenn die Behörde einem Dritten zum Zwecke der Namensänderung die Führung eines beliebig gewählten Namens erlaubt, ohne anderen Trägern dieses Namens einen Einspruch zu gestatten.

kann kein Privatrecht sein. Es gehört ins öffentliche Recht.

Zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht gibt es allerdings ein Grenzgebiet, und es kann oft zweifelhaft sein, wohin ein Rechtsinstitut gehört. Bei manchen Rechtsinstituten war die Zugehörigkeit lange zweifelhaft, so z. B. bei den Antragsdelikten. Wir rechnen sie heute zum öffentlichen Recht, weil es sich nicht um Rechte des einzelnen gegen den einzelnen handelt, sondern um Rechtsgüter, die die Allgemeinheit angehen. Bei Antragsdelikten kann man heute die Einbringung des Strafantrages unterlassen, man kann sich auch privatrechtlich verpflichten, den Antrag nicht einzubringen oder wieder zurückzuziehen. Dadurch wird aber das Antragsrecht nicht geändert. Wie nahe das Privatrecht dem Strafrecht steht, erhellt auch daraus, daß bei vielen privatrechtlichen Verpflichtungen die Einhaltung nur durch Exekutionsstrafe durchgesetzt werden kann, also durch eine Strafe, die an die Strafen wegen Nichteinhaltung behördlicher Verfügungen sich anschließt.

Bei dem Rechte auf Beschlagnahme oder Vernichtung des eigenen Bildes ist es gar nicht zweifelhaft, wohin es gehört; es gehört nicht in das bezeichnete Grenzgebiet, sondern nur ins öffentliche Recht. Es widerspräche unserer Rechtsanschauung, wenn jemand auf dieses Recht verzichten oder es abtreten wollte. Selbst die Zustimmung zur Ausstellung des Bildes muß widerruflich sein. Es kann jemand z. B. in Lebensverhältnisse kommen, in denen frühere Abbildungen die Achtung vor ihm beeinträchtigen können. Es kann auch vorkommen, daß er erst später die nötige Einsicht erlangte. Sowenig man im voraus auf die Bestrafung einer Beschimpfung verzichten oder jemanden das Recht zu einer Beschimpfung geben kann, ebensowenig kann man im voraus die Zustimmung zu einer herabwürdigenden Schaustellung geben. Auch aus einem anderen Grunde gehört dieses Recht ins öffentliche Recht. Wir werden weiter unten sehen, daß dieses Recht sich nicht gegen eine Person richten muß.

## VI.

Bei einem neuen Rechtsinstitute, für das wir noch keine Rechtsquellen besitzen, ist unser Rechtsbewußtsein die einzige Quelle, auf die wir immer wieder zurückgreifen müssen. Wir können deshalb nur unser Rechtsbewußtsein fragen, wenn wir wissen wollen, wann das Recht auf Beschlagnahme und Vernichtung des eigenen Bildes Platz greifen soll.

In welchen Fällen wird durch ein Bild ein Rechtsgut verletzt?

Zunächst ist zu bemerken, daß durch die Aufnahme eines Bildes in der Oeffentlichkeit sich niemand verletzt fühlen kann. Sowie man jedermann gestatten muß, den anderen anzusehen, wenn er auf der Gasse oder in einem öffentlichen Raume sich befindet, so lange dies in den Grenzen des Anstandes geschieht — so kann man auch gegen die Abbildung nichts vorbringen. Nur krankhaftes oder übertriebenes Selbstgefühl kann sich darüber aufhalten, etwa wie nur gewisse Personen das „Fixieren" als Gelegenheit zu Händeln nehmen. Es kann also die bloße Aufnahme oder das Vorhandensein eines Bildes keinen Anlaß zu einem Einschreiten geben, wenn nicht etwa Tatsachen oder Vorgänge des Privat- oder Familienlebens dargestellt werden (z. B. eine nicht zur Schau gestellte Leiche). Aber auch bei der Schaustellung von öffentlich aufgenommenen Bildern verlangt unser Rechtsgefühl, daß sie die Achtung gegen die Person nicht verletzen. Weiter verlangt es, daß niemandes Bild zu geschäftlichen Anpreisungen verwendet wird. Auch da muß man wohl trotz früherer Zustimmung des Abgebildeten den Antrag auf Beschlagnahme und Vernichtung (also damit den Widerruf der Zustimmung) zulassen; man müßte aber zugleich den Widerrufenden zum Ersatze des dadurch allenfalls angerichteten Vermögensschadens verhalten.

Es wird also das Rechtsgut der Persönlichkeit durch die Beschlagnahme und Vernichtung des Bildes geschützt, falls die Person durch dieses herabgewürdigt wird.

## VII.

Die Herabwürdigung der Person kann durch ein Bild erfolgen. Es kann aber ganz unbekannt sein, wem das Bild gehört oder wer es ausgestellt hat. Es braucht auch gar nicht das Bild der beleidigten Person zu sein. Denn viele Menschen sehen sich oft zum Verwechseln ähnlich. Es kann also jemand auch durch die Schaustellung des Bildes einer ihm ähnlichen Person beleidigt werden, wenn es allgemein für sein Bild angesehen wird.

In welcher Weise soll nun das Recht auf Beschlagnahme oder Vernichtung geltend gemacht werden?

Hat eine Person eine Beleidigung durch die Zurschaustellung eines Bildes begangen, so erfolgt Beschlagnahme oder Vernichtung im Strafverfahren. Darüber bestehen bereits gesetzliche Vorschriften.

Der Rechtsschutz gegen solche die Person herabwürdigende Bilder muß sich aber nach unserem Rechtsbewußtsein weiter erstrecken. Und zwar nach zwei Richtungen. Zunächst muß der Rechtsschutz auch verliehen werden, wenn bloß die objektive Tatsache der Herabwürdigung der Person vorliegt. Der Tatbestand der Beleidigung muß nicht vorliegen, ein subjektiver Tatbestand ist überhaupt nicht erforderlich. Zweitens muß der Täter nicht bekannt sein; ja es braucht sogar ein Täter im Sinne des Strafrechtes (d. h. ein verantwortlicher Täter) gar nicht vorhanden zu sein. Dem in seinem öffentlichen Ansehen Geschädigten wäre schlecht gedient, wenn er erst den Täter ausforschen müßte, oder wenn ihm die Rechtshilfe versagt

würde, weil der Täter strafrechtlich nicht zur Verantwortung gezogen werden kann.

In solchen Fällen ergibt sich de lege ferenda eine Analogie in dem objektiven Verfahren gegen Druckschriften (§ 42 StGB.). Es müßte also eine Art Strafverfahren eingeleitet werden, das nur auf Beseitigung des Anstoß erregenden Bildes gerichtet wäre.

VIII.

Damit wäre eine kurze Skizze des neuen Rechtsinstitutes gegeben. Auf andere rechtspolitische Erwägungen, z. B. auf welche Darstellungen dieses Recht zu beschränken, inwieweit es auch Angehörigen (bei Lebzeiten oder erst nach dem Tode des Abgebildeten) zugestanden werden sollte, wurde hier nicht eingegangen.

Gegen die Anträge beim 27. Deutschen Juristentage in unserer Frage ist vor allem einzuwenden, daß auch ein Privatrecht auf Untersagung und Entschädigung gewährt werden will. Welch geringen Wert der Anspruch auf Untersagung hat, wurde bereits ausgeführt. Geradezu bedenklich dagegen ist die Gewährung eines Anspruches auf Entschädigung. Ehre und Achtung sollten niemandem um Geld feil sein. Personen, denen Geld lieber ist als ihre Ehre, könnten durch eine solche Gesetzesbestimmung sich bewogen fühlen, Erpressungen auszuüben. Das Recht auf Untersagung ist also ziemlich wertlos und das Recht auf Entschädigung geradezu bedenklich; es bleibt gar kein Recht gegen eine Person übrig. Nun gibt es allerdings Privatrechte, die sich nicht gegen eine Person richten und dem vorliegenden Rechte in gewissem Sinne ähnlich sind (§ 228 BGB.); doch ist die Stellung dieser Notrechte im Systeme schon zweifelhaft, da andere außerdeutsche Gesetzgebungen sie ins öffentliche Recht verweisen. Das Recht auf Beschlagnahme oder Vernichtung des eigenen Bildes gehört aber seinem ganzen Charakter nach nicht ins Privatrecht, das bloß die Beziehungen des einzelnen zum einzelnen regeln will. Hier handelt es sich um die Oeffentlichkeit, um die Beziehungen des einzelnen zur Gesellschaft; diese können durch privatrechtliche Normen nicht geregelt werden.[1])

[1]) Nach Vollendung dieses Aufsatzes ist die Broschüre von Hans Giesker: „Das Recht des Privaten an der eigenen Geheimsphäre" (Zürich 1904) erschienen, die zum erstenmale den Versuch macht, alle Persönlichkeitsrechte unter einem einheitlichen Gesichtspunkte zusammenzufassen. Der Verfasser kommt im wesentlichen zu denselben Ergebnissen; auch er wendet sich gegen die Uebertreibungen der Persönlichkeitsrechte. Jedoch sieht er den Anspruch auf Beseitigung geheimnisgefährdender Dinge als Privatrecht an.

## Das Miterbenverhältnis, die eheliche Gütergemeinschaft und das bayer. Gebührengesetz.

Von Rentamtmann **Stelzer** in Schongau.

Es gibt seit Einführung des Bürgerl. Gesetzbuches wohl keinen Rechtsstoff, der so sehr die Unzufriedenheit der mit dem Vollzuge des bayer. Gebührengesetzes betrauten Organe erregte, wie jener über die Gesamthandgemeinschaft; verschiedentlich erheben sich Stimmen, welche eine Abänderung des Gebührengesetzes anregen, ja selbst die Beseitigung des Rechtsinstitutes der „gesamten Hand" wurde bereits verlangt, da dieses nichts anderes bedeute, als ein künstliches Zurückschrauben unserer heutigen Verhältnisse. Andererseits erinnern die literarischen und zum Teile auch die judiziellen Darlegungen, welche sich damit befassen, das gesamthandliche Rechtsgebilde, in spezie die Erbengemeinschaft, in die Schablonenschraube des Gebührengesetzes einzupassen, manchmal etwas an den verblüffenden mathematischen Nachweis, daß 1 = 2 sei.

Im nachstehenden soll nun über die gebührenrechtliche Behandlung der Gemeinschaft zur gesamten Hand eine zusammenfassende Uebersicht gegeben und sodann die Richtigkeit einiger Anschauungen nachgeprüft werden.

A. Bezüglich der Erbengemeinschaft hat das K. Bayer. Oberste Landesgericht festgestellt:

1. Die Erbengemeinschaft nach dem Bürgerl. Gesetzbuche ist eine Gemeinschaft zur gesamten Hand. Der ganze Nachlaß ist bis zur Auseinandersetzung, wenn auch nicht ein besonderes Rechtssubjekt oder ein Zweckvermögen, doch ein von dem sonstigen Vermögen der Miterben getrenntes, gemeinschaftliches Vermögen der Miterben. Der Miterbe hat danach — vor der Teilung — wohl einen dem Erbteil entsprechenden Anteil an der Gesamtheit des Nachlasses, aber einen bestimmten ideellen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen, über den er allein und ohne die Mitwirkung der anderen Miterben verfügen kann, hat er nicht. Der § 2033 Abs. II des BGB. statuiert nur eine mittelbare Berechtigung an den Bestandteilen des Nachlasses; der unmittelbare Uebergang einzelner Nachlaßgegenstände auf einen oder mehrere Miterben ist rechtlich unmöglich; ein Miterbe kann einen Bestandteil des Nachlasses oder einen Anteil daran als ihm allein gehörend nur dann in Anspruch nehmen, wenn er bei der Auseinandersetzung in Ansehung des Nachlasses, oder vor der Auseinandersetzung durch gemeinschaftliche Verfügung der Erben ihm zum Alleineigentum überwiesen wurde. (Beschl. vom 20. Juli 1903. Slg. Bd. IV, S. 582.)

Der Miterbe hat, solange die Gemeinschaft dauert, nicht einen Anteil an den zum Nachlasse gehörenden Gegenständen,

sondern einen Anteil an dem Nachlaß als Ganzem. (Beschl. vom 16. Nov. 1903. Slg. Bd. IV S. 803.)

Aus § 2033 II BGB. darf nicht gefolgert werden, daß der Miterbe einen bestimmten Anteil an den einzelnen Gegenständen des Nachlasses habe, und nur nicht darüber verfügen dürfe. (Beschl. vom 27. Mai 1903. Slg. Bd. IV S. 389.)[1])

2. Wird der Anteil am Nachlasse auf einen Miterben oder Dritten übertragen, so enthält die Verfügung, wenn Grundstücke zum Nachlasse gehören, keine Verfügung über die Grundstücke selbst, da der unmittelbare Uebergang einzelner Nachlaßgegenstände auf einen Miterben rechtlich unmöglich ist; Gegenstand der Uebertragung ist vielmehr die Mitberechtigung am Nachlaß als Ganzem und nicht etwa die Verpflichtung zur Uebertragung des Eigentums an den Grundstücken. (Beschl. vom 13. Januar und 16. November 1903. Slg. Bd. IV S. 22 und 803.)

Nach § 2033 des BGB. kann der Miterbe über seinen Anteil am Nachlasse nicht bloß obligatorisch, sondern auch sofort mit dinglicher Wirkung verfügen; da aber die Verfügung nur das Miterbenrecht an dem Nachlaß als dem gemeinschaftlichen sogenannten „gesamthändigen" Vermögen ergreifen kann, und die Verfügung über den Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen ausgeschlossen ist, so tritt die — untergerichtlich angenommene — Aenderung in dem Besitz- und Eigentumsverhältnisse nicht infolge der hierauf gerichteten besonderen Willenstätigkeit der Vertragschließenden ein, sondern sie ist eine kraft des Gesetzes eintretende rechtliche Folge der rechtsgeschäftlichen Verfügung, welche die Vertragschließenden gar nicht ausschließen können, falls sie sich nicht etwa bloß obligatorisch zu künftiger Uebertragung ihrer Rechte am Nachlasse verpflichten wollen. (Beschl. vom 3. März 1903. Slg. Bd. IV S. 186, ferner RGE. vom 14. Okt. 1898, Seuff. Archiv Bd. 54 S. 178.)

Wenn der Miterbe seinen Anteil am Nachlasse veräußert, so ist Gegenstand des Vertrages nicht ein Anteil an den zum Nachlasse gehörenden Gegenständen, sondern ein Anteil an dem durch die Gesamtheit der Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers gebildeten Vermögensinbegriffe, weshalb die Nachlaßschulden verhältnismäßig in Abzug zu bringen sind. (Beschl. vom 16. Nov. 1903. Slg. Bd. IV S. 803.)

[1]) Auch das Reichsgericht hat in seiner Entscheidung vom 21. April 1904 — Slg. Bd. 57 S. 432 — in Uebereinstimmung mit dem Beschlusse des Kammergerichtes vom 15. Januar 1904 — Rechtspr. der OLG. von Mugdan und Falkmann S. 222 — als für das Bürgerl. Gesetzbuch maßgebend angenommen, daß sich wohl vom wirtschaftlichen Standpunkte aus von einem Anteile des Miterben an einem zur Erbschaft gehörenden Grundstücke reden lasse, nicht aber vom rechtlichen."

Aus diesen Darlegungen über die Erbengemeinschaft folgerte das Oberste Landesgericht:

a) Ein Vertrag, durch welchen die Anteilsrechte an einzelnen Nachlaßgegenständen einem Miterben zum Alleineigentum überwiesen werden (§ 2040 I des BGB.), oder durch welchen die Miterben die zum Nachlaß gehörigen Grundstücke oder Rechte unter Umwandlung der gemeinschaftlichen Rechte in ausschließliche Rechte sich zum Alleineigentum übertragen (Erbteilungs- oder Auseinandersetzungsvertrag), ist zu bewerten aus dem ganzen Werte der vom Vertrage berührten Gegenstände (Beschl. vom 27. Mai und 20. Juli 1903. Slg. Bd. IV S. 389 und 582.)

b) Ein Vertrag, durch welchen ein Miterbe seinen Anteil am Nachlasse mit dinglicher Wirkung überträgt, hat zum Gegenstande das veräußerte Anteilsrecht am Nettonachlaßinbegriffe und ist daher zu bewerten nach 3‰. (Beschl. vom 13. Januar, 3. März, 27. Mai, 3. und 16. November 1903. Slg. Bd. IV S. 22, 186, 387, 762 und 806.)

Einen eigenen und eigentümlichen Weg verfolgt bei der gebührengesetzlichen Würdigung der Erbengemeinschaft das bayerische oberste Verwaltungsgericht. Nach dem Beschlusse des Kgl. Verwaltungsgerichtshofes vom 19. Oktober 1903 — Slg. Bd. XXV S. 34 — geht Eigentum und Besitz mit dem Tode des Erblassers ohne weiteres kraft Gesetzes auf die mehreren berufenen Erben über; die Erben treten als Gesamtnachfolger des Erblassers in alle vererblichen Rechte desselben ein, und in der Person der Erben trete für die Nachlaßsachen ein neues Rechtssubjekt an die Stelle des bisherigen, wie immer auch das Verhältnis der mehreren Erben untereinander, zu dem ererbten Nachlasse als Ganzem und zu den einzelnen Nachlaßgegenständen konstruiert werden mag. Hiermit sei die Voraussetzung für den Anfall der Besitzveränderungsgebühr nach Art. 213 des Geb.G. von 1892 — bzw. 249 des Ges. von 1899 — gegeben, da dieser an die Tatsache der Besitzveränderung, bzw. des Eigentumserwerbs, sonach an den bloßen Wechsel des Rechtssubjektes geknüpft sei. Von der Frage nach dem Gebührenanfall sei zu unterscheiden die Frage nach der Berechnung der Gebühr und nach deren Schuldner. Hinsichtlich der Berechnung der Gebühr gehe nun das bayer. Gebührengesetz von einem Maßstabe aus, als ob den Anteilen der Miterben am Nachlasse gleiche Bruchteile an den einzelnen Nachlaßgegenständen entsprechen würden; das Gesetz könne das tun, da das Bürgerliche Gesetzbuch selbst den Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen in § 2033 Abs. II kenne, wo es die Verfügung des Miterben über solche Anteile ausschließe und es müsse die Gebühr nach Bruchanteilen der Miterben berechnet werden, da der Gesetzgeber unmöglich einen verschiedenen Maßstab angewendet wissen wollte, je

nachdem der mit Ermäßigung der Gebühr oder mit Befreiung von derselben Begünstigte Alleinerbe oder Miterbe ist. Soweit nun das Gebührengesetz die gesonderte Berechnung der Gebühr nach Bruchteilen angeordnet habe, müßten auch die einzelnen Pflichtigen für den sie treffenden Gebührenbetrag als Schuldner des Aerars gelten.

B. Bei der fortgesetzten ehelichen Gütergemeinschaft steht dem überlebenden Ehegatten und den Abkömmlingen an dem ein einheitliches Ganzes darstellenden Gesamtgute bis zur Auseinandersetzung ebensowenig ein ein selbständiges Vermögensrecht bildendes Anteilsrecht zu wie zur Zeit des Bestehens der Gemeinschaft vor dem Ableben des einen Eheteils. Erst nach der Beendigung der Gemeinschaft infolge der Auseinandersetzung treten die Anteilsrechte in die Erscheinung und gewinnen ein selbständiges rechtliches Dasein. Es ist daher ein Vertrag, durch welchen im Wege der Auflösung der Gütergemeinschaft ein Teilhaber das Gesamtgut zum Alleineigentum übernimmt, hinsichtlich des Grundbesitzes nach 1% und hinsichtlich der beweglichen Gegenstände nach 3‰ aus dem vollen Werte des Gesamtgutes zu bewerten. (Beschl. des Oberst. Landesg. vom 23. Juni 1903. Slg. Bd. IV S. 495.)

Wird dagegen die allgemeine Gütergemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten beendigt, so kann ein miterbender Abkömmling, welcher mit dem überlebenden Eheteile nicht in einem Gemeinschaftsverhältnisse in Ansehung des Gesamtgutes, sondern hinsichtlich des Anteiles des verstorbenen Eheteils am Gesamtgute in einem Miterbenverhältnisse steht, seinen Anteil am Gesamtgute, welcher rechtlich nur Nachlaßanteil ist, veräußern und zwar auch an den miterbenden überlebenden Eheteil. Der bezügliche Vertrag ist gemäß Art. 145 des Geb.G. mit einer Gebühr nach 3‰ aus dem Nettowerte des Erbteils zu belasten. (Beschl. des Oberst. Landesg. vom 3. November 1903. Slg. Bd. IV S. 762.)

C. Das Gebührengesetz hat hinsichtlich der rechtlichen Natur der Erbengemeinschaft und der Wirkung der Verfügung von Miterben über ihre Anteile und der Wirkungen der Auseinandersetzung unter den Miterben keine von den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches abweichenden Grundsätze aufgestellt; es dürfen daher insbesondere nicht aus Art. 249/250 des Geb.G. für die Wirkung der Verfügung eines Miterben über seinen Nachlaßanteil Schlüsse gezogen werden und es existiert keine gebührenrechtliche Bestimmung des Inhalts, daß bei der Auseinandersetzung unter den Miterben für die Berechnung der Gebühren der Teil des dem Miterben überlassenen Gegenstandes außer Betracht zu bleiben habe, der dem Anteil dieses Erben an dem Nachlaß entspricht. (Beschl. des Oberst. Landesg. vom 3. März 1903 und 27. Mai 1903. Slg. Bd. IV S. 186 und 389.)

In der Entscheidung vom 13. Januar 1903 (Slg. Bd. IV S. 22), hielt das Oberste Landesgericht ausdrücklich daran fest, daß der Vertrag über die Uebertragung eines Anteiles am Nachlasse im Sinne des Gebührengesetzes nicht dasselbe sei wie die Verpflichtung zur Uebertragung des Eigentums an einem Grundstücke und lehnte implicite die Ausführungen der Regierungsfinanzkammer ab, die sich in folgendem erging:

> „Das Gebührengesetz behandle den Erwerb des Anteils eines Miterben am Nachlasse wie den Erwerb des Miteigentums an einzelnen Vermögensgegenständen nach Bruchteilen. Das Gesetz nehme nach Art. 250 an, daß das Eigentum auf mehrere Erben gemeinschaftlich übergehe, und daß Anteilsrechte der einzelnen Erben an den Nachlaßgrundstücken bestehen. Bei der engen Beziehung zwischen Art. 249/250 und dem Art. 146 würde es dem Geiste des Gesetzes widersprechen, wenn eine Eigentumsänderung an unbeweglichen Sachen ohne Rechtsgeschäft von der sog. Immobiliargebühr getroffen würde, eine Eigentumsänderung durch Rechtsgeschäft dagegen nicht; aus § 2033 Abs. II dürfe man folgern, daß der Miterbe einen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen hat, aber nur über seinen Anteil an allen Nachlaßsachen verfügen kann; entscheidend seien die Vorschriften des Gesetzes über das Gebührenwesen, das den Eigentumsübergang von Anteilen an Gemeinschaften zur gesamten Hand ebenso behandle, wie den bei Gemeinschaften nach Bruchteilen; vom Standpunkte der Gebührenbewertung sei kein Grund ersichtlich, einen Unterschied zwischen dem Miteigentum zur gesamten Hand und dem Miteigentum nach Bruchteilen zu machen."

Auch bewertete dasselbe Gericht in dem Beschl. vom 23. Juni 1903 die vertragsmäßige Uebernahme des ehelichen Gesamtgutes zum Alleineigentum aus dem ganzen Gesamtgutswerte, ohne der Rücksicht auf die Herkunft des Vermögens oder auf die sog. „latenten Anteilsrechte" der Ehegatten und der Abkömmlinge eine Berechtigung zuzuerkennen. (Slg. Bd. IV S. 499.)

Die in der Literatur zur Sprache gekommene Praxis verwertet den durch das Oberste Landesgericht präzisierten bürgerlich-rechtlichen Begriff der Gesamthandgemeinschaft dahin, daß sie die vertragsmäßige Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft, des ehelichen Gesamtgutes der allgemeinen und der fortgesetzten Gütergemeinschaft in allen Auseinandersetzungsformen aus dem vollen Werte des gesamthandlichen Vermögens mit Gebühr belegt. Zugleich befürwortet sie, die Erbanteilsabtretung außer der, oberstrichterlich nach 3‰

aus dem Netto-Anteilswerte berechneten Vertragsgebühr noch mit der „Besitzveränderungsgebühr" zu belegen, da Besitz und Eigentum als Folge des Abtretungsvertrages kraft Gesetzes vom Erben auf den Vertragsgegner übergehe. (Blätter für das bayer. Finanzwesen Bd. XII (1904) S. 139/140.)

Eine andere ebendort S. 257 ff. vertretene Meinung will die Erbanteilsabtretungsverträge mit der „Vertragsgebühr" aus dem übertragenen Bruchteile der Nachlaßgegenstände bewertet haben, da der Eigentumsübergang an den Nachlaßgegenständen sich bei jedem einzelnen Miterben vollziehe, die Erben Miteigentümer der einzelnen Nachlaßgegenstände geworden und die rechtsgeschäftliche Uebereignung in ihrer dinglichen Wirkung kausal sei für den Eigentumsübergang, dieser sohin auf rechtsgeschäftlichem Wege im Sinne der Art. 113 des Geb.G. ä. F. und 146 ä. F. vor sich ginge.

Endlich nach meiner in den Blättern für Rechtsanwendung Jahrg. 67 S. 437 und Jahrg. 68 S. 173 dargelegten Anschauung darf auf Grund der dermaligen gebührengesetzlichen Bestimmungen der Immobiliarübergang auf die Erbengemeinschaft mit einer Besitzveränderungsgebühr nicht belegt werden.

Die judiziell und literarisch versuchte Anwendung der Bestimmungen des Gebührengesetzes auf die Fälle der Gesamthandgemeinschaft, wie sie oben vorgeführt ist, läßt verschiedene Widersprüche zutage treten:

*α.* Das Oberste Landesgericht stellt für die Bewertung der Verträge über die Auflösung der Erbengemeinschaft und über die Erbanteilsübertragung auf, daß der ganze Nachlaß bis zur Auseinandersetznng ein vom sonstigen Vermögen der Miterben getrenntes, gemeinschaftliches Vermögen der Miterben sei, welche einen Bestandteil des Nachlasses oder einen Anteil daran nur dann in Anspruch nehmen können, wenn dieser ihnen zum Alleineigentum überwiesen wurde, im übrigen aber nur einen ihrer Erbberechtigung entsprechenden Anteil am Nachlasse als Ganzes erwerben.

Dem Verwaltungsgerichtshofe genügt es für die Frage nach der Belastung des Eigentumsüberganges auf die Gesamthandgemeinschaft der Erben festzustellen:

In der Person der Erben tritt für die Nachlaßsachen ein neues Rechtssubjekt an die Stelle des bisherigen, wie immer auch das Rechtsverhältnis der mehreren Erben zu den einzelnen Nachlaßsachen konstruiert werden mag; im übrigen könne das Gebührengesetz, da das Bürgerliche Gesetzbuch selbst den Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen kenne und nur die Verfügung des Miterben über solche Gegenstände ausschließe, die Besitzveränderungsgebühr nach den Anteilsrechten der einzelnen Miterben berechnen lassen.

Das Oberste Landesgericht bewertet sohin unter ausdrücklicher Ablehnung der Anteilsrechte an den einzelnen Nachlaßsachen die eine Gesamthandgemeinschaft betreffenden Verträge genau nach deren im Bürgerlichen Rechte umschriebenen Gestaltung, während der Verwaltungsgerichtshof die Gesamthandgemeinschaft für die Zwecke des Gebührengesetzes — allgemein — in eine nur der Verfügung nach beschränkte Gemeinschaft nach ideellen Teilen auflöst.

*β.* Nach dem Obersten Landesgerichte darf bei Bewertung der vertragsmäßigen Uebernahme des ehelichen Gesamtgutes zum Alleineigentum das vom überlebenden Gatten herrührende Vermögen, dessen latenter Anteil an letzterem nicht ausgeschieden werden.

Der Verwaltungsgerichtshof läßt den Anteil der erbenden Ehegatten ꝛc. an den einzelnen Grundstücken des Gesamtgutes der Miterben gebührenfrei.

*γ.* Nach dem Obersten Landesgerichte soll der Vertrag über Abtretung eines Erbanteils nur nach dem abstrakten Anteilsrechte am Nachlasse bewertet werden, während die Praxis dazu neigt, die zufolge des Vertrages kraft Gesetzes eintretende Aenderung an den Besitz- und Eigentumsverhältnissen an einem dem Erbteile entsprechenden ideellen Anteile an den nachgelassenen Grundstücken mit der Besitzveränderungsgebühr zu belegen.

*δ.* Das Oberste Landesgericht sagt nach § 2033 Abs. II des BGB., den Miterben stehen während der Dauer der Gemeinschaft Anteile, die ihrer selbständigen Verfügung unterliegen, nicht zu.

Der Praktiker kommt zu dem Ergebnisse, daß bei Erbteilsabtretungen im Sinne des Gebührengesetzes eine Eigentumsänderung an den einzelnen Nachlaßgegenständen auf rechtsgeschäftlichem Wege erfolge.

Der hier auftauchende Widerstreit der Meinungen bestätigt wohl die in den Blättern für Rechtsanwendung, Jahrg. 68 S. 175 vertretene Aufstellung, die Gebührengesetzgebung habe das Gesamthandverhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuches seinerzeit nicht gewürdigt, es liege sohin hier ein gesetzgeberisches Versehen vor.

Dieser Mangel des Gebührengesetzes zieht nun für die pflichtigen Staatsbürger folgende zum Teil unberechtigte, zum Teil finanzpolitisch sicherlich nicht beabsichtigte pekuniäre Folgen nach sich:

1. Der Miterbe muß für den „Erwerb" der Nachlaßimmobilien eine Besitzveränderungsgebühr und für die notarielle Auseinandersetzung des Nachlasses die Vertragsgebühr entrichten, während der Alleinerbe nur mit ersterer belastet ist.

2. Sind einem von mehreren Miterben Grundstücke „erbweise" zugewendet — § 2087 BGB. — so unterliegen diese der Besitzveränderungsgebühr, müssen aber bei der unumgänglichen Realisierung des Forderungsrechtes des Erben — § 2048 BGB.



— sofort mit der notariellen Vertragsgebühr belegt werden.

3. Hat die „erbweise" Pflichtteilszuwendung ein Grundstück zum Gegenstande, so tritt wiederum dieselbe Doppelbelastung ein wie in dem unter Ziff. 2 erwähnten Falle. (Bl. f. d. b. Finanzwesen Bd. XII S. 225.)

4. Wird bei der ehelichen Gütergemeinschaft zu Lebzeiten der Ehegatten die Gemeinschaft aufgelöst, oder nach Auflösung der Gütergemeinschaft durch Ableben eines Eheteils der Nachlaß geteilt, oder das eheliche Gesamtgut durch einen Erben gegen Abfindung des überlebenden Gatten übernommen, oder die fortgesetzte Gütergemeinschaft bei Lebzeiten des überlebenden Gatten aufgelöst, oder nach dessen Ableben der Nachlaß geteilt oder das Gesamtgut auseinandergesetzt, so ist zufolge der Unmöglichkeit der Gesamtgutsanteilabtretung auch jedesmal der bezügliche Vertrag aus dem ganzen Werte des Gesamtgutes der Bewertung zu unterstellen.

5. Tritt ein Miterbe seinen Anteil am Nachlasse ab, so kommt außer der Gebühr zu 3°/oo aus dem Nettowerte auch noch die unter Umständen 1½ bis 2 vom Hundert, mindestens aber 1°/o bezifferende Gebühr aus dem „ideellen Grundbesitzanteile" in Frage.

Die oben wiedergegebene rechtliche Würdigung des Erwerbes von Eigentum an gesamthandlich gebundenen Grundstücken und Mobilien für die Zwecke des bayerischen Gebührengesetzes geht vom Gesamthandprinzipe des Bürgerlichen Gesetzbuches aus und zwar deshalb mit vollem Rechte, weil eben die Erscheinungen des Rechtslebens, und nicht etwa fiktive Konstruktionen mit den im Gebührengesetze geregelten öffentlichen Abgaben belegt werden wollten.

In Betracht kommen die Bestimmungen der Art. 113/114 mit 213/214 des Geb.G. a. F. bzw. 146, 118 und 147 mit 249/250 desselben G. n. F., welche den Erwerb von Eigentum an einem Grundstücke auf rechtsgeschäftlichem und nichtrechtsgeschäftlichem Wege der Hauptsache nach mit der gleichen Gebühr zu der Staatskasse belasten.

**Voraussetzung** der Gebühr ist nach dem älteren Gebührengesetze die rechtsgeschäftliche Verfügung über Besitz und Eigentum unbeweglicher Sachen oder diesen gleichgestellter Rechte, oder über dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen, bzw. eine Veränderung am Eigentumsbesitze in bezug auf unbewegliche Sachen, oder diesen gleichgeachtete Rechte, ohne daß bereits eine mit der verhältnismäßigen Gebühr bewertete Vertrags- oder Vergleichs-Urkunde vorliegt, und nach dem neuen Gebührengesetze die rechtsgeschäftliche Verpflichtung, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen oder ein den Grundstücken gleichstehendes Recht zu bestellen oder zu übertragen, bzw. ein Erwerb von Eigentum an einem Grundstücke, oder ein Erwerb von einem einem Grundstücke gleichkommenden Rechte auf anderem als rechtsgeschäftlichem Wege, ohne daß die Gebühr für die Auflassung oder eine Vertragsgebühr erhoben ist.

**Schuldner** der Vertragsgebühr sind diejenigen, welche die Beurkundung veranlassen, indes die Besitzveränderungsgebühr die „neuen Besitzer" bzw. „neuen Eigentümer" schulden.

**Berechnet** wird die Gebühr aus der Gegenstandssumme des Vertrages, bzw. aus dem Werte des Gegenstandes der nichtrechtsgeschäftlichen Veränderung am Eigentumsbesitze und des Eigentumserwerbes. Geht „das Eigentum" — der „Besitz" — auf mehrere Personen, welche verschiedene Prozentsätze schulden, oder zum Teile gebührenfrei sind, gemeinschaftlich über, so ist die Gebühr nach den „Anteilsrechten" der einzelnen Personen gesondert zu berechnen.

Beide Gebühren, die Vertrags- wie die Besitzveränderungsgebühr bezwecken die gleiche Belastung desselben Rechtsvorganges, nämlich des Eigentumserwerbes speziell an Grundstücken und sind nur verschieden bedingt durch die unterschiedliche Art des Erwerbes des Eigentums.

Hinsichtlich des Anfalls, der Berechnung und der Schuldner der Gebühren muß als oberster Grundsatz gelten, daß nur das Gebührengesetz selbst die der Bewertung unterstellten Formen und Erscheinungen des bürgerlichen Rechtes für seine Zwecke umgestalten kann, daß das aber nicht Sache einer ergänzenden oder verbessernden Auslegung werden darf. So war jenes Gesetz befugt, in seiner älteren Fassung des Art. 115 für die Bewertung der durch einen Ehevertrag eintretenden Aenderungen am Besitz und Eigentum die Gütergemeinschaft allgemein einer Gemeinschaft nach Hälften gleichzustellen, es war nicht gehindert, eine gebührenrechtliche Gegenstandssumme dadurch zu schaffen, daß es den Abzug der Schulden gegenüber dem Vertragsgegenstande ausschloß, und es fällt zweifellos in seine Zuständigkeit, für die Berechnung der Gebühr, sowie in Ansehung des Gebührenschuldners besondere Vorschriften aufzustellen. Soweit aber gebührengesetzliche Sondervorschriften die angezogenen Begriffe des Bürgerlichen Gesetzbuches und Rechtes nicht ausdrücklich finanztechnisch umformen, sind letztere auch „gebührenrechtliche" Begriffe. Diesen Gedanken hat denn auch einwandfrei das Kgl. Oberste Landesgericht für seine Entscheidungen über die Vertragsgebühr zur Grundlage und zum Ausgangspunkte genommen.

Wenn nun in Art. 213/214 (249/250) des Gebührengesetzes gesagt ist: „So oft eine Besitzveränderung" oder ein „Erwerb von Eigentum" stattfindet, schulden die „neuen Besitzer", die „neuen Eigentümer" die Besitzveränderungsgebühr, wenn es des weiteren heißt, „geht das Eigentum an Grundstücken auf mehrere Personen — welche verschiedene Prozentsätze schulden oder zum Teil gebührenfrei sind — gemeinschaftlich über, so ist

die Gebühr nach den Anteilrechten der einzelnen Personen gesondert zu berechnen", so kann für die Miterbengemeinschaft nicht nur ein Eigentumsübergang, sondern auch ein neuer Besitzer, ein neuer Eigentümer, ein Eigentumsübergang auf mehrere Personen, sowie ein Anteilsrecht der einzelnen Personen nur im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches in Frage kommen, will man der gebührengesetzlichen Terminologie nicht Gewalt antun. Insbesondere sind der „gemeinschaftliche Eigentumsübergang" und die „Anteilsrechte" der einzelnen Personen schlechthin dem bürgerlichen Rechte entnommen, da das Gebührengesetz keine dem bürgerlichen Rechtsbereiche fremde „Rechte" schaffen konnte und sich dieser Ausdrucksweise unmöglich bedienen durfte, wollte es etwas belasten, was für die Erben nicht ein „Recht" ist.

Ist das alles aber der Fall, so hat die Berechnung der Gebühr zur Voraussetzung, daß die neuen Besitzer und Eigentümer der einzelnen Grundstücke im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches genau festgestellt werden, und daß die zu bewertenden „Anteilsrechte" der Miterben an den einzelnen Nachlaßgrundstücken bürgerlichrechtlich anerkannt sind. Die Konstruktion des Rechtsverhältnisses der mehreren Erben zu den einzelnen Nachlaßgegenständen läßt aber der Kgl. Verwaltungsgerichtshof ausdrücklich offen und daß Anteilsrechte an den einzelnen Nachlaßgrundstücken für die Teilhaber einer Erbengemeinschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche nicht bestehen, hat das Kgl. Oberste Landesgericht in seinen Beschlüssen vom 27. Mai, 20. Juli und 16. November 1903 unzweideutig ausgesprochen. Muß man sich dem fügen, so konnte der Beschluß des Verwaltungsgerichtshofes vom 19. Oktober 1903 für die Berechnung der Gebühr weder ein pflichtiges „Anteilsrecht" der einzelnen Miterben noch ein gebührenschuldnerisches Subjekt annehmen und es dürfte durch seine Begründung die Anforderung von Besitzveränderungsgebühren gegen Miterben nicht gerechtfertigt sein. (Man vergl. Bl. f. RA. Jahrg. 67 S. 437 und 68 S. 173.)

Gleichermaßen ist die Verfügung eines Miterben über seinen Anteil an dem Nachlasse gemäß § 2033 Abs. II des BGB. niemals eine Verfügung über den Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen; sie kann aber ebensowenig Anlaß sein zu einem kraft des Gesetzes unbedingt oder auch nur bedingt sich vollziehenden Besitz- und Eigentumsübergang an den einzelnen Nachlaßgrundstücken — und hierauf kommt es für die Besitzveränderungsgebühr an — da von einem anteilsberechtigten Mitträger der Gemeinschaft nicht mehr Recht auf den neuen Mitträger übergehen kann, als jener selbst besaß und zudem eine Aenderung in den Trägern der Erbteilssonderrechte keine Aenderung in der rechtlichen und wirtschaftlichen Einheit des gesamthandlich gebundenen Nachlasses bedingt. Es wäre daher eine Belastung der Erbanteilsabtretungsverträge nach der Natur der Vertragsgegenstände sowohl hinsichtlich der Vertrags- als der Besitzveränderungsgebühr nach der jetzigen Fassung des Gebührengesetzes unzulässig, mögen auch noch so unliebsame Folgen eintreten.

Vermag die zum Vollzuge des Gebührengesetzes berufene Verwaltungsbehörde nicht festzustellen, wer bei der Erbengemeinschaft die einzelnen Grundstücke „neu erwirbt", ist für dieselbe die „Anteilsberechtigung" des bürgerlichen Rechtes unhandlich, braucht dieselbe für die Gebührenbewertung ideelle Anteile der Gesamthänder, entspricht die Bewertung des ganzen ehelichen Gesamtgutes im Hinblicke auf die Auseinandersetzungsvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht unter allen Umständen dem beabsichtigten finanziellen Ergebnisse des Gesetzes und der finanzpolitischen Gerechtigkeit, so soll man offen die Folgerung ziehen, das Gesetz nur soweit vollziehen, als es kraft klaren Buchstabens möglich ist, im übrigen aber eine Gesetzesergänzung des Inhalts abwarten: Die Gesamthandgemeinschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches ist für die Gebührenbewertung, sofern nicht eine vertragsmäßige Gesamtgutsteilung vorliegt, einer Gemeinschaft nach ideellen Anteilen gleichzuachten; die Besitzveränderungsgebühr wird auf die Gebühr für die vertragsmäßige Verwirklichung der Rechte der Erben und Vermächtnisnehmer angerechnet.

---

# Mitteilungen aus der Praxis.

**Zu § 127 der Gewerbeordnung.** Der Wegewärter B. gibt seinen minderjährigen Sohn dem Buchdruckereibesitzer Sch. in H. zur Ausbildung als Schriftsetzer in die Lehre. Die Lehrzeit soll nach dem schriftlichen Lehrvertrage vier Jahre dauern. Sch. hat ein Zweiggeschäft in K., das von einem Fräulein M. geschäftlich geleitet wird. Im vierten Jahre der Lehrzeit schickt Sch. den Sohn des B. mit einem zweiten Lehrling nach K. zur technischen Leitung des Zweiggeschäfts. Sch. selbst kommt nur zweimal wöchentlich einen halben Tag dorthin. Die beiden Lehrlinge wohnen in einer Schankwirtschaft. B. verlangt, daß Sch. seinen Sohn ins Hauptgeschäft nach H. zurücknehme, weil es in K. sowohl an der nötigen Aufsicht, wie an der erforderlichen Anleitung fehle. Sch. entspricht dem Verlangen nicht. B. nimmt deshalb seinen Sohn zu sich nach Haus und fordert im Wege der Klage Fortsetzung des Lehrverhältnisses in H. Sch. widerspricht dem Klageantrage. Er behauptet, seine gesetzlichen Pflichten sowohl wie die vertragsmäßig übernommenen erfüllt zu haben. Er hält die Beaufsichtigung durch die Vorsteherin des Zweiggeschäfts, die allerdings technisch nicht ausgebildet sei, und durch seine regelmäßigen Revisionen (zweimal wöchentlich) für ausreichend. Auch in der „Pension" sei genügende Aufsicht. Die von Sch. um ein Gutachten angegangene zuständige Handwerkerkammer billigt -- allerdings auf Sch.s einseitige Darstellung

— sein Verfahren. Sie sieht in ihm „einen besonderen Akt des Vertrauens" gegen den Lehrling. Das Klagebegehren erscheint begründet. § 127 der GewO. bestimmt: „Der Lehrherr ist verpflichtet, den Lehrling in den beim Betriebe vorkommenden Arbeiten des Gewerbes dem Zwecke der Ausbildung entsprechend zu unterweisen . . . Er muß entweder selbst oder durch einen geeigneten, ausdrücklich dazu bestimmten Vertreter, die Ausbildung des Lehrlings leiten, den Lehrling zur Arbeitsamkeit und zu guten Sitten anhalten . . . . ." Diese Verpflichtungen bestehen unbedingt die ganze Lehrzeit hindurch. Sch hat ihnen drei Jahre hindurch genügt, im vierten aber nicht. Die Leiterin des Zweiggeschäfts, Fräulein M., kann, da sie das Schriftsetzerhandwerk nicht erlernt hat, die Lehrlinge weder dem Zwecke der Ausbildung entsprechend unterweisen noch ihre Ausbildung leiten. Auch Sch. selbst kann dies von H. aus nicht, trotz seiner regelmäßigen Revisionen. Zwei halbe Tage in der Woche genügen dazu überhaupt nicht, ganz abgesehen davon, daß den größten Teil der Zeit geschäftliche Erörterungen mit Fräulein M. in Anspruch nehmen werden. Die Lehrlinge sind also bei Ausführung der technischen Arbeiten sich selbst überlassen und laufen deshalb Gefahr Stümper und Pfuscher zu werden. Zur selbständigen technischen Leitung eines Zweiggeschäfts fehlt es selbst dem begabtesten und gewissenhaftesten Lehrling an der nötigen Durchbildung und Erfahrung. Wie aber will Sch. die in einer Schankwirtschaft untergebrachten Lehrlinge „zu guten Sitten anhalten und vor Ausschweifungen bewahren"? Das Geschäft eines Schankwirts blüht gerade um die Zeit, wo andere von ihren Geschäften ausruhen, des Abends und in der Regel bis spät in die Nacht hinein. Und gerade um diese Zeit bedürfen 16- oder 17 jährige junge Leute am meisten der Aufsicht. Dazu aber ist ein Schankwirt, wenn er nicht sein Geschäft vernachlässigen will, nicht in der Lage. Auch die Frau ist im Geschäft nötig. Die jungen Leute sind sich also auch außerhalb ihres Handwerksbetriebes selbst überlassen und zwar gerade in dem der Verführung zugänglichsten Alter, ganz abgesehen davon, daß das Wohnen in der Schankwirtschaft schon an und für sich die Gefahr der Verführung zum Kneipen in sich birgt. „Ein Akt des Vertrauens gegen den Lehrling", wie die Handwerkerkammer sagt, mag wohl in Sch.'s Verfahren liegen, aber der Pferdefuß des Eigennutzes ist deutlich erkennbar. Sch. benutzt das letzte Lehrjahr, um einen kostspieligen Gehilfen zu sparen. Sonach hat Sch. „seine gesetzlichen Verpflichtungen gegen den Lehrling in einer die Sittlichkeit oder die Ausbildung des Lehrlings gefährdenden Weise vernachlässigt." Nach § 127 b Nr. 2 Gew.O. wäre deshalb der Lehrling berechtigt gewesen, das Lehrverhältnis aufzulösen. Von diesem Recht hat er, wie sein und seines Vaters Verhalten ergibt, keinen Gebrauch machen wollen. Trotzdem ist er von K. ins Elternhaus zurückgekehrt. Liegt darin eine Auflösung des Vertrages oder, da diese von P. nicht beabsichtigt war, eine Widerrechtlichkeit, die ihn seiner Rechte aus dem Lehrvertrage verlustig macht? Nein. Sch.s Verhalten enthält einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff auf die durch § 127 Gew.O. gesetzlich festgelegten Rechte des Lehrlings. Hiegegen konnte sich der Lehrling jederzeit schützen. Die Rückkehr ins Elternhaus war das geeignetste Schutzmittel. Diese Handlung war also ein Akt der Notwehr und deshalb nicht widerrechtlich. Der Lehrvertrag besteht demnach fort und Sch. muß ihn in der gesetzlichen Weise erfüllen.

Landgerichtsdirektor Unger in Tilsit.

---

**Darf in Zivilsachen die Vornahme eines Augenscheines von der Erlegung eines Kostenvorschusses abhängig gemacht werden?** Diese in Nummer 6 Seite 153 angeregte Frage muß verneint werden und zwar nach dem hier einschlägigen § 3 des RGKG., nach dem die Tätigkeit der Gerichte von der Sicherstellung oder Zahlung der Gebühren oder Auslagen in einem weiteren Umfange, als die Prozeßordnungen und das Reichsgerichtskostengesetz es gestatten, nicht abhängig gemacht werden darf. Schon die Motive bemerken zu diesem Paragraphen, daß die Tätigkeit der Gerichte von Sicherstellung oder Zahlung von Gebühren oder Auslagen nur abhängig gemacht ist in den Vorschriften der CPO. §§ 379 (Ladung der Zeugen), welche Bestimmung gemäß § 402 l. c. auf Sachverständige entsprechend anwendbar ist, 911 (Vorauszahlung der Kosten für die Haft und Verpflegung des Schuldners wegen Nichtleistung des Offenbarungseides ꝛc.), § 174 StPO. (Sicherheitsleistung beim Antrag auf gerichtliche Entscheidung), RGKG. §§ 84 (Ladung und Vernehmung von Zeugen oder Sachverständigen auf Antrag des Privatklägers oder des Nebenklägers), 85 (dreifacher Vorschuß der als Kläger auftretenden Ausländer) und 97 (Anfertigung von Abschriften und Ausfertigungen). Da also weder die Zivilprozeßordnung noch das Reichsgerichtskostengesetz wegen der Augenscheinseinnahme bezügliche Vorschriften treffen, fehlt jegliche Grundlage, die Vornahme dieser Amtshandlung von der Zahlung eines Auslagenvorschusses abhängig zu machen. Die Gerichte tragen diesem Umstande wohl zumeist dadurch Rechnung, daß lediglich die Ladung der Zeugen oder Sachverständigen von der Erlegung des erforderlichen Betrags abhängig gemacht, im übrigen aber nur die Einzahlung eines Auslagenvorschusses angeordnet wird. Zur Zahlung eines Auslagenvorschusses können die Parteien nach den bestehenden Vollzugsvorschriften (§§ 28 und 36 der Instruktion vom 25. Dezember 1899 zum Vollzuge des RGKG. ꝛc., JMBl. 1900 S. 343 ff.) nicht gezwungen werden; seine Einforderung betätigt nach richterlicher Anordnung der Gerichtsschreiber; eine zwangsweise Beitreibung, wie dies bei Nichtzahlung des gemäß § 81 RGKG. geschuldeten Gebührenvorschusses vorgeschrieben ist, findet nicht statt.

Oberlandesgerichtssekretär Reger in Nürnberg.

---

**Zur Berechnung der Verjährungsfrist in der Uebergangszeit.** Art. 169 Abs. 2 S. 1 EG. z. BGB. bestimmt: „Ist die Verjährungsfrist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche kürzer als nach den bisherigen Gesetzen, so wird die kürzere Frist von dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs an berechnet". Die Frage, ob eine solche kürzere z. B. zweijährige Frist (§ 196 Abs. 1 BGB.) am 31. Dezember 1901 oder am 31. Dezember 1902 abläuft, ist bestritten. Beide Ansichten sind in der Literatur vertreten, jedoch stets ohne nähere Begründung. Rechtsanwalt Gutfeld hat zuerst (in D. Jur.Z. 1903 Nr. 23) eine solche zugunsten der zweiten Alternative versucht; gegen ihn wandte sich dann Privatdozent Dr. Hedemann (in D. Jur.Z. 1903 Nr. 24) als Vertreter der ersten Ansicht. Diese ist

m. E. auch allein richtig. Das Gesetz sagt mit klaren Worten: „so wird die kürzere Frist von dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs an berechnet.“ Der Beginn des 1. Januar 1900, als des Tages des Inkrafttretens des BGB. (Art. 1 EG.) ist also der für den Anfang dieser kürzeren Verjährungsfrist maßgebende Zeitpunkt. Etwas anderes wäre es, wenn das Gesetz bestimmen würde: „so gilt der Anspruch als mit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs entstanden.“ So aber ist es m. E. vollständig unerfindlich, warum der Beginn der Verjährungsfrist in Anwendung des § 201 BGB. tatsächlich auf den Schluß des Jahres 1900 verschoben werden soll. Eine Zuhilfenahme des Abs. 1 des Art. 169 EG. ist nicht angängig, da eben Abs. 2 a. a. O. eine Spezialbestimmung gegenüber dem Abs. 1 ist (so auch Hedemann a. a. O.). Es lag aber auch eine derartige entsprechende Anwendung des § 201 BGB. auf den hier vorliegenden Fall gar nicht im Willen des Gesetzgebers. Zweifelsohne wäre — abgesehen von einer anderen Fassung der Bestimmung (s. oben) — bei der Häufigkeit der im Gesetze sich findenden Verweisungen auch hier ein entsprechender Hinweis auf § 201 gemacht worden, etwa mit dem Wortlaut: „Auf den Beginn dieser kürzeren Frist findet die Vorschrift des § 201 Satz 1 des BGB. entsprechende Anwendung.“ Aber kein derartiger Hinweis hat in das Gesetz Eingang gefunden, oder war auch nur beantragt worden, wie überhaupt die Motive und sonstigen Vorarbeiten über die hier behandelte Frage vollkommen schweigen. Und doch läßt sich aus ihnen ein wertvoller Beweis für die hier vertretene Ansicht schöpfen. Sollte § 201 BGB. entsprechende Anwendung finden, so müssen, wenn das Gesetz sie nicht unmittelbar fordert — was hier nicht der Fall ist — gewichtige und zwingende Gründe vorliegen, welche es rechtfertigen, aus theoretischen Gründen das Erfordernis eines derartigen Verfahrens in das Gesetz hineinzulegen. Das Vorliegen solcher Gründe steht und fällt mit der Beantwortung der weiteren Frage, warum überhaupt § 201 in das BGB. aufgenommen wurde. Ausschlaggebend war hiefür das Verkehrsinteresse, welches für die in § 196 bezeichneten Ansprüche „einen unschwer festzustellenden und leicht im Gedächtnisse zu behaltenden Anfangspunkt der Verjährung“ erheischt. „Außerdem pflegen“, heißt es in den Mot. I S. 310 weiter, „Leistungen und Lieferungen der fraglichen Art . . . gewöhnlich mit Schluß des Jahres beglichen zu werden, so daß die vorgeschlagene Erstreckung des Verjährungsbeginnes zugleich die übliche Stundungsfrist deckt.“ Und für die in § 197 BGB. genannten Ansprüche wurde, soweit diese Erwägungen nicht allenthalben zutreffen, aus Gründen der „Einfachheit und Praktikabilität des Rechtes“ ein gleicher Anfangspunkt für die Verjährung für wünschenswert erachtet (Mot. a. a. O.). Treffen nun diese Erwägungen, auf denen die Vorschrift des § 201 BGB. beruht, auch für den hier in Frage stehenden Fall zu? Die Verneinung bedarf keiner weiteren Begründung. Ist ja doch durch die Vorschrift des Art. 169 Abs. 2 S. 1 EG. für solche vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches entstandene, noch nicht verjährte Ansprüche, welche nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche einer kürzeren Verjährungsfrist unterliegen als nach den bisherigen Gesetzen, schon das Ziel erreicht, welches für die nach dem 1. Januar 1900 entstandenen Ansprüche der §§ 196, 197 BGB. erst mit Hilfe des § 201 erreicht werden sollte, nämlich daß das Ende der Verjährungsfrist immer mit dem Schluß eines Kalenderjahres zusammenfällt. Außerdem ist es vollständig unerfindlich, warum man durch eine gewagte Konstruktion, die zudem noch unrichtig ist, aus einer vom Gesetz gewollten zweijährigen Frist in Wahrheit ohne zwingenden Grund eine dreijährige Frist machen will. Dies würde zu einer Schädigung des Schuldners führen, die in starkem Gegensatz zu dem Willen des Gesetzes steht. Denn die Vorschriften des Art. 169 EG. verfolgen im allgemeinen die Absicht, die Lage des Schuldners zu verbessern. Auf Grund dieser Erwägungen muß man zu dem Ergebnisse kommen, daß gar kein Grund vorhanden ist, den Beginn dieser kürzeren Frist nicht, wie das Gesetz es erfordert, vom Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs an, sondern unter Anwendung des § 201 BGB. tatsächlich erst vom Schluß des Jahres 1900 an zu berechnen. Es endet demnach eine zweijährige Frist gemäß §§ 187 Abs. 2, 188 Abs. 2 Halbs. 2 mit dem Ablaufe des 31. Dezember 1901, nicht 1902.

Dr. Fr. Herbst in Nürnberg.

**Ist das Recht, aus fremdem Grund Kies zu graben, notwendig ein dingliches?** Ein Kommunalverband hatte mit einem Grundbesitzer ein mündliches Abkommen getroffen, wonach der Letztere die Ausbeutung von Kies auf einer Fläche von einem Tagwerk durch den Verband gestattete. Der Kaufpreis von Mk. 500.— wurde vom Verbande bezahlt. Der Kies sollte zur Straßenbeschotterung dienen. Die Ausbeute war in ca. 7 Jahren vollendet. Diese Verhältnisse wurden in einem Zivilprozeß von Bedeutung, indem dort u. a. auch die Frage zur Entscheidung kam, ob dem fraglichen Kommunalverband durch die erwähnte Abmachung ein Recht auf die Kiesausbeute erwuchs. Es wurde in 2 Instanzen entschieden, daß dies nicht der Fall sei. Aus der Begründung der 2. Instanz ist hervorzuheben: „Nach bayer. Landrecht Teil II cap. VIII § 16 mit Anm. T. II cap. VIII § 16 sind Rechte, auf fremdem Grund und Boden Sand oder Leim zu graben, Steine zu brechen &c. unter die Servituten zu zählen. Da auch nach Art. 184 mit 189 EG. z. BGB. mit Art. 177 (bayer.) AG. und Art. 132 Not.G. die Bestimmungen des bayerischen Landrechts hier anzuwenden sind, so fragt es sich, ob das vorliegende mündliche Uebereinkommen fragliches Recht schaffen konnte. Diese Frage ist zu verneinen. Es mag dahin gestellt bleiben, ob der Distriktstechniker M. zur Vertragsschließung berechtigt war, jedenfalls hätte der Abschluß dieses Vertrags der notariellen Verlautbarung bedurft nach Art. 14 Not.G. — alt — wie Erstrichter in zutreffender Weise ausführt. Mangels Erfüllung dieser Bedingung ist ein Vertrag auf Kiesausbeute überhaupt in keiner rechtsverbindlichen Form zustande gekommen.“ Wie man sieht, hat das Gericht Rechte auf Kiesausbeute unter Bezugnahme auf das alte Landrecht schlechthin für Servituten erklärt, die natürlich im Fall einer Schaffung durch Vertrag ausschließlich auf Erfüllung der notariellen Form angewiesen sind. Die zitierte Landrechtsstelle sagt allerdings: „Jetztbenannten Dienstbarkeiten wird ferner beigerechnet das sogenannte Zwangrecht, kraft dessen man z. E. eine gewisse Mühle zu besuchen . . . verbunden ist, item da man auf fremdem Grunde Kalk zu brennen, Ziegel- oder Glashütten zu errichten, Sand oder Leim (sic!)

zu graben, Steine zu klauben oder zu brechen, Zäune gegen das Wild, oder Gräben gegen das Wasser zu machen, das Recht hat, und was dergleichen unbenannte Gerechtigkeiten mehr sind, welche sich nicht wohl spezifizieren lassen." Das Landrecht spricht hier ausdrücklich von Servituten. Die Frage ist nur, ob im Sinne des Landrechts z. B. die Befugnis Sand zu graben, überhaupt nur als Servitut denkbar ist. Die Landrechtstelle ist verführerisch. Um sie recht zu verstehen, müssen wir vor allem würdigen, daß sie im 8. Kapitel II. Buchs „Von Haus- und Felddienstbarkeiten wie auch anderen dergleichen ähnlichen Gerechtigkeiten" steht. Wenn auch die Dienstbarkeit in ihrer Dauer vertragmäßig beschränkt sein kann (LR. II 7 § 3 Nr. 2 § 7 Nr. 1), so ist sie doch für die Regel als ein Recht von unbeschränkter Dauer gedacht. Vgl. auch Windscheid, Pand. I § 209 Nr. 8 unter Bezugnahme auf l. 28 D. 8, 2. Auch die „Gerechtigkeit", von welcher die Kapitelüberschrift wie die kritische Landrechtstelle (auch in ihrer Ueberschrift) spricht, ist nach der bayerischen Rechtsprache des 16. bis 18. Jahrhunderts durchaus mit dem Begriff des dauernden, in jedem Fall erneut auszuübenden, zeitlich unbeschränkten, insbesondere des dinglichen Rechts zu verbinden. Daß die bayerischen Gesetze des erwähnten Zeitraums je einmal ein bloß obligatorisches Recht mit „Gerechtigkeit" bezeichnen, ist mir nicht bekannt. Wenn also das Landrecht das Recht, Sand zu graben, usw. sowie dergleichen Gerechtigkeiten den Dienstbarkeiten zuzählt, so sprechen beachtenswerte Gründe dafür, daß das Landrecht mit dem erwähnten Recht ein dingliches meint, ohne damit auszuschließen, daß eine derartige Befugnis nach Lage des Falls auch einmal als rein obligatorische entstehen kann. Daß nun aber Befugnisse, wie die besprochenen, von der bayerischen Praxis auch als möglicherweise obligatorische anerkannt wurden, ist nicht zu bezweifeln. Ich erinnere zunächst an den alltäglichen Fall, daß stehendes Holz zum Abholzen gekauft wird (derselbe unterscheidet sich meines Erachtens von dem hier besprochenen Fall juristisch in keiner Weise). Der Vertrag ist rein obligatorisch und niemand wird am Landrecht (II, 8 § 15) straucheln, welches vom „Recht, sich aus fremden Waldungen zu beholzen", als von einer Dienstbarkeit spricht. Vgl. E. d. OGH. vom 21. August 1864, 11. März 1865, Bl. f. RA. 30. S. 366. Geradezu unser Fall wurde schon vom Obersten Gerichtshof mit Urteil vom 20. März 1878 dahin entschieden, daß die Ueberlassung der Ausbeute eines Steinbruchs bis zur gänzlichen Ausnützung, als eine eigentliche Alienation, Kauf, nicht als bloßes Pachtverhältnis zu betrachten sei. Es sei dasselbe Verhältnis gegeben, wie wenn das auf Grund und Boden stehende Holz jemandem um bestimmten Preis zum Abholzen überlassen werde (Bl. f. RA. 43 S. 185). Mit jeder wünschenswerten Klarheit sagt derselbe Gerichtshof im Urteil vom 15. April 1872 (Bl. f. RA. 37 S. 161): „Das Recht, auf einer bestimmten Fläche eines fremden Grundstücks Torf abzubauen, ist nicht notwendig ein dingliches. Es kann auch mit rein obligatorischer Wirkung eingeräumt werden und ist in diesem Fall notarielle Beurkundung nicht nötig."

Rechtsanwalt **Fischer** in Landshut.

---

**Zu § 1710 BGB.** In Nr. 1 S. 39 dieses Jahrgangs der Bl. f. RA. ist ein Urteil des Landgerichts Würzburg angeführt, das hauptsächlich in Anlehnung an die in B. 66 dieser Blätter S. 243 vertretene Ansicht ein erstinstanzielles Urteil abgeändert hat, das dem Antrage des unehelichen Klägers entsprechend, den Vater zur Zahlung einer jährlichen Unterhaltsrente von 180 Mk. für die gesetzliche Unterhaltsdauer verurteilt und seine Verpflichtung zur Zahlung der während dieser Zeit etwa erwachsenden Krankheitskosten ausgesprochen hat. Das Berufungsgericht ist der Meinung, daß in dem die Krankheitskosten betr. Ausspruche eine der Vorschrift des § 1710 BGB. zuwiderlaufende Leistungsform enthalten sei. Hiegegen ist zu bemerken: Wie aus den Motiven z. BGB. Bd. IV S. 898 Ziff. 9 erhellt, hat der § 1710 BGB. mit der Bestimmung, daß der Unterhalt durch Gewährung einer Geldrente zu entrichten sei, gegenüber der unter der Herrschaft des Gem. R. und des PLR. geltenden Praxis eine Neuerung nicht eingeführt. Es heißt dort ausdrücklich: „Abgesehen von den Fällen, in welchen dem Vater das Recht eingeräumt ist, das Kind selbst in Pflege zu nehmen und zu erziehen, geht auch das geltende Recht überwiegend davon aus, daß der Unterhalt von seiten des unehelichen Vaters durch Entrichtung einer Geldrente zu gewähren ist. Es entspricht dies insbes. der gemeinrechtlichen Praxis, dem preußischen Recht" . . . In beiden Rechtsgebieten wurde es aber auch für zulässig erachtet, neben der Verurteilung des unehelichen Vaters zur Gewährung einer Geldrente seine Verpflichtung zur Zahlung etwaiger innerhalb der Unterhaltsperiode erwachsender Krankheitskosten, des Schul- und Lehrgeldes durch Urteil auszusprechen. Daß ein derartiger Ausspruch nach BGB. unzulässig geworden sei, kann nicht zugegeben werden. § 1710 BGB. besagt nur, daß gegen den Willen auch nur eines der Beteiligten eine Unterhaltsgewährung in anderer Form als durch Leistung einer Geldrente unzulässig ist. Es wird das Recht auf Naturalleistung ausgeschlossen (Mot. Bd. IV S. 898 Ziff. 9). Ueber die Quantität der Rente bestimmt nicht § 1710, sondern § 1708 BGB. Darnach ist an sich die Rente nach dem gesamten Lebensbedarf, wozu unstreitig auch die Krankheitskosten gehören, sowie nach den Kosten der Erziehung und Vorbildung zu einem Berufe zu bemessen. Zu der Zeit nun, wo die Unterhaltsklage gewöhnlich erhoben wird, also alsbald nach der Geburt des unehelichen Kindes, kennt man zwar dessen leiblichen Bedarf während der gesetzlichen Unterhaltszeit an Nahrung, Kleidung, Wohnung, wofür sich ja auch nach der allgemeinen Erfahrung eine Durchschnittsrente berechnen läßt, nicht aber weiß man, ob das Kind einmal krank wird, wie lange eine Krankheit etwa dauert, welchen Aufwand sie erfordert, wie sich das Kind geistig und körperlich entwickelt, ob es überhaupt zu einem Berufe taugt und welchem Berufe es sich zuwenden kann. Die Beantwortung aller dieser Fragen gehört der ungewissen Zukunft an. Für die durch etwaige Krankheit, Erziehung und Vorbildung erwachsenden Kosten gibt es bei der außerordentlichen Verschiedenheit der Individuen **keine** Durchschnittsverhältnisse es fehlt jede Grundlage hiefür. Diese Kosten sind daher zur Zeit der Unterhaltsklage vollständig ungewiß, sie können deshalb auch nicht annähernd zum Gegenstande einer Durchschnittsberechnung gemacht werden. Mit Rücksicht darauf kann es keinem rechtlichen Bedenken unterliegen, zur Zeit der Erhebung der Unterhaltsklage die Rente zunächst unter Zugrundelegung des gesamten Lebensbedarfes aus-

schließlich der etwaigen Kosten für Krankheit, Erziehung und Vorbildung entsprechend zu berechnen. Durch eine solche Beschränkung der Quantität der Rente wird der Vater, weil sich die beschränkte Rente innerhalb der Grenzen des § 1708 BGB. bewegt, in keiner Weise verletzt, er kann also auch nicht widersprechen. Wenn aber diese beschränkte Rentenberechnung zur Zeit der Unterhaltsklage für zulässig erachtet werden muß, dann ist es auch zulässig, hinsichtlich der etwaigen Kosten für Krankheit, Erziehung und Vorbildung, auf die dem unehelichen Kinde ein Anspruch aus § 1708 ja zusteht, insbesondere die Leistungspflicht des Beklagten auf Antrag durch Urteil auszusprechen, weil sie, wie ausgeführt, zur Zeit der Erhebung der Unterhaltsklage noch nicht zu übersehen und zu ermitteln sind. Als Antrag in diesem Sinne kann der fragliche Antrag, die Verpflichtung des Vaters zur Zahlung etwaiger Krankheitskosten auszusprechen, wohl aufgefaßt werden, wenn in der Klage die juristisch-technischen Ausdrücke des § 256 CPO. auch nicht vorkommen, da diese Unterlassung nicht ausschlaggebend sein kann. Es kann nur darauf ankommen, ob der Kläger ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung der erwähnten Verpflichtung zur Zeit der Unterhaltsklage hatte, und diese Frage muß bejaht werden, da der Anspruch des Klägers überhaupt bestritten war, die fraglichen Kosten aber noch nicht zu ermitteln waren, so daß eine Ausdehnung der Leistungsklage nach dieser Richtung ausgeschlossen erschien. Die Sache ist ebenso gelagert, wie wenn die Verpflichtung zum Ersatze eines erst später zu ermittelnden Schadens ausgesprochen werden soll. In diesem Falle liegt nicht eine Klage auf Verurteilung zu einer sachlichen Leistung, sondern eine Klage auf Feststellung eines Anspruchs vor. (Entsch. des RG. Bd. XIII S. 272.) Der angegriffene Ausspruch des erstinstanziellen Urteils enthält daher nicht eine Verurteilung zu einer Leistung, also auch nicht zu einer Leistungsform, sondern er stellt nur die Verpflichtung des Vaters zur Zahlung der innerhalb der Unterhaltsdauer etwa erwachsenden Krankheitskosten fest. Der Ausspruch kann daher auch nicht gegen § 1710 BGB. verstoßen. Es kann nicht mit dem Hinweis auf § 323 CPO. begegnet werden. Dieser Paragraph schließt die Feststellungsklage aus 256 a. a. O. ebensowenig aus als diese etwa ein Urteil aus § 323 überflüssig macht, falls nach der Feststellung eine friedliche Einigung nicht erfolgt. Vielmehr ist gerade in diesem Falle das Urteil, das die Verpflichtung des Vaters zur Zahlung der mehrerwähnten Kosten festgestellt hat, geeignet, die Grundlage für ein späteres Urteil aus § 323 CPO. zu bilden.

Amtsrichter Bubb in Ochsenfurt.

---

**Gehören die Kosten einer Streitverkündung zu den Kosten des Rechtsstreits?** Diese Frage verneint das Landgericht Magdeburg in einer Entsch. vom 29. November 1904 (Naumburger Anw. Ztg. 1904 S. 94, 95), aber mit Unrecht. Als Grund wird angegeben: „Die Kosten berühren das Parteiverhältnis zwischen dem Kläger und dem Beklagten überhaupt nicht. Die Streitverkündung schafft ein neues Verhältnis zwischen dem Kläger und einem Dritten, wodurch der Beklagte nicht direkt berührt wird." Richtig ist, daß die Streitverkündung allein den Prozeßgegner nicht interessiert. Für die demnächstige Regreßklage ist die Streitverkündung von Interesse, mag der Dritte als Nebenintervenient beitreten, oder nicht (§ 74 Abs. 1, § 68, § 74 Abs. 3). Aber diese Wirkung für die Regreßklage ist doch nicht die einzige, wegen deren die Streitverkündung Bedeutung hat. Die Hauptsache bei der Streitverkündung ist doch, daß sie geschieht, um den Dritten in dem anhängigen Prozeß zum Beitritt zu veranlassen, damit er dem Streitverkünder helfe, den Prozeß zu gewinnen. Ob irgend eine Handlung den Gegner berührt oder nicht, ist ganz gleichgültig. Man setzt ja doch unbedenklich die Kosten der Korrespondenz des Anwalts mit der Partei oder Dritten, welche während des Prozesses erfolgt, um Instruktion zu erhalten, fest. Wenn man aber die Korrespondenz mit einem am Ausgange des Rechtsstreits interessierten Dritten dahin rechnet, so muß man um so mehr die Kosten einer förmlichen Streitverkündung dahin rechnen. Es ist allerdings ein Fehler, wenn man — den § 101 irrig hereinziehend — in dem Urteile über die Kosten einer Streitverkündung entscheiden will. Erst bei der Kostenfestsetzung hat das Gericht — so gut wie bei der erwähnten Korrespondenz — zu prüfen, ob die Streitverkündung auch zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig war.

Geh. Justizrat H. Meyer in Breslau.

---

# Aus der Praxis der Gerichte.

## Reichsgericht.

### I.

**Erfüllungsort beim Frachtvertrag. § 29 CPO.** Beklagter übernahm für N. den Transport von 112 Kisten mit Eiern von B. nach D. In D. stellte sich heraus, daß ein Teil der Eier zertrümmert war. N. erhob beim Landgericht in D. Klage auf Schadensersatz. Die vom Beklagten erhobene Einrede der Unzuständigkeit wurde in zwei Instanzen und dann auf Revision auch vom Reichsgerichte verworfen.

Aus den Gründen: Nach § 29 CPO. ist ein besonderer Gerichtsstand bei dem Gerichte des Orts begründet, an dem die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist. Hier ist aus dem Frachtvertrage geklagt. Dieser war durch Ablieferung der Eier an N. in D. zu erfüllen. Die Ausführung des Beklagten, § 29 CPO. treffe auf den Eisenbahntransportvertrag nicht zu, weil der Transport aus einer Reihe von Handlungen bestehe, für die es einen einzigen Erfüllungsort nicht gebe, ist unhaltbar. In Doktrin und Praxis des gemeinen Rechts hat kein Zweifel darüber bestanden, daß der Frachtvertrag die Natur des Werkvertrags hat, und daß wesentlicher Gegenstand seiner Erfüllung nicht die einzelnen Handlungen sind, sondern das Ergebnis, d. h. die Ablieferung des Guts. Auch nach dem BGB. ist der Frachtvertrag als Werkvertrag zu erachten. War aber der Vertrag in D. zu erfüllen, so hat Beklagter dort auch für die Klage auf Schadensersatz Recht zu nehmen. Das Reichsgericht hat ständig ausgesprochen, daß der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung an Stelle der Erfüllung tritt, auch soweit die Zuständigkeit des Vertragsforums in Frage steht (Urt. d. I. C.-S. vom 11. Januar 1905).

— — n.

### II.

**Unzulässige Aenderung der Klage. § 527 CPO.** S. klagte gegen H. Z. auf Zahlung von 3000 Mk., weil im August 1900 zwischen den Parteien abgerechnet worden sei und hiebei H. Z. anerkannt habe, dem S. 3000 Mk. zu schulden. Der Beklagte bestritt das Anerkenntnis.



Das Landgericht wies die Klage ab. In der Berufungsinstanz griff S. auf die der Abrechnung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse zurück und behauptete unter Beweisantretung, der Beklagte habe ihn beauftragt, die Schulden seines Bruders G. J. zu regeln. Aus der Ausführung dieses Auftrags sei ihm H. J. 3000 Mk. schuldig geworden. Die Berufung des Klägers wurde zurückgewiesen; die Revision wurde verworfen.

Aus den Gründen: Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht in dem Zurückgreifen des Klägers auf das der Abrechnung zugrunde liegende Rechtsverhältnis eine Klagänderung erblickt hat, die beim Widerspruche des Beklagten nach § 527 CPO. unzulässig sei. Der Begründung der angefochtenen Entscheidung kann allerdings nicht beigestimmt werden. Im Ergebnis aber ist sie richtig, so daß die Revision nach § 563 CPO. zurückzuweisen war. Der Kläger hatte schon in 1. Instanz tatsächliche Angaben über das der Abrechnung zugrunde liegende Rechtsverhältnis gemacht, aber die Beweisantretung abgelehnt. Das Berufungsgericht übersieht, daß die Aufstellung der Behauptung in der mündlichen Verhandlung genügt, um klarzustellen, daß auch das die Grundlage der Abrechnung bildende Rechtsverhältnis schon in 1. Instanz als Klagegrund geltend gemacht worden ist (vgl. Entsch. des RG. in C.-S. Bd. 27 S. 387, Bd. 29 S. 107, Bd. 36 S. 12). Aber freilich hat der Kläger auch die tatsächlichen Angaben über dieses Rechtsverhältnis geändert. In 1. Instanz hatte er behauptet, er habe die Schulden des G. J. berichtigt, später habe H. J. sie ihm gegenüber als Selbstschuldner übernommen. In 2. Instanz hat er angegeben, daß er infolge Auftrags des H. J. die Schulden des G. J. gezahlt habe. Insoweit liegt nicht nur eine Ergänzung der tatsächlichen oder rechtlichen Anführungen vor (§ 268 Nr. 1 CPO.), sondern eine Aenderung des Klagegrunds. Klagegrund war nicht die Haftung für fremde Schuld im allgemeinen, sondern das Sachverhältnis, aus dem sie abgeleitet wurde (Urt. d. I. C.-S. vom 1. Februar 1905.)

— — — n.

III.

**Zu §§ 33, 278, 529 CPO.** Bedingte Widerklage ist im ersten Rechtszuge unzulässig und ihre Umwandlung in unbedingte Widerklage vor dem Berufungsgericht unstatthaft.

Der Berufungsrichter ist der Auffassung, die das Reichsgericht in dem Urteile Entsch. 40 S. 331 vertreten hat, gefolgt. Die Revision will den Grundsatz, daß eine Widerklage bedingt nicht erhoben werden dürfe, als solchen nicht bekämpfen. Sie meint aber, dies schließe nicht aus, für die zweite Instanz nach Analogie der Eventualaufrechnung und des Ueberganges von der Feststellungs- zur Leistungsklage die „Umleitung" einer erstinstanzlichen bedingten Widerklage in eine unbedingte zuzulassen. Dem kann nicht beigetreten werden. Die Gründe, die in dem angeführten reichsgerichtlichen Urteil für die Unzulässigkeit einer eventuellen Widerklage angeführt sind und denen sich der erkennende Senat anschließt, ergeben, daß von einer Parallelisierung dieses Falles mit dem Falle der Eventualaufrechnung und des Wechsels von Feststellungs- und Leistungsklage keine Rede sein kann. Vielmehr ist es, wie der Berufungsrichter zutreffend angenommen hat, für die Unstatthaftigkeit der Erhebung einer neuen zweitinstanzlichen Widerklage völlig gleichgültig, ob in erster Instanz überhaupt keine Widerklage erhoben oder die erhobene Widerklage prozessual unwirksam war. (Urt. V 581/04 vom 14. Januar 1905.)

— r.

IV.

**Zu § 530 BGB.** Handlungen, die sich äußerlich als solche des groben Undanks darstellen, können doch aus inneren Gründen entschuldbar sein.

Der Ber.Richter stellt fest, daß allerdings der Kläger die Beklagten oft beleidigt, zuweilen auch mißhandelt hat, daß es sich aber in den letzteren Fällen um geringe Handgreiflichkeiten gehandelt habe, die ein Ausfluß der Zänkereien zwischen den Parteien gewesen seien und daß der Anlaß zum Streit durch die beklagte Ehefrau gegeben worden sei; diese habe insbesondere die Geschlechtsehre der Ehefrau des Klägers in einer Weise angegriffen, die den letzteren notwendig habe reizen müssen. Danach liege die Schuld an dem Unfrieden nicht am Kläger allein, sondern reichlich auch an der Beklagten und unter solchen Umständen erscheine ein grober Undank des Klägers ausgeschlossen. Die Revision greift die letztere Annahme als rechtsirrtümlich an. Sie meint, es sei nur zu prüfen gewesen, ob eine schwere Verfehlung gegen den Schenker begangen sei, die sich als grober Undank des Beschenkten darstelle. Sei dies der Fall, so komme es darauf, ob der Schenker die Verfehlungen mitverschuldet habe, nicht an. Diese Ausführungen gehen fehl. Der Begriff des groben Undanks setzt allerdings in objektiver Hinsicht ein gewisses Maß der Schwere der Verfehlung voraus. Aber dies erschöpft ihn nicht. Gleich wesentlich ist auch die subjektive Seite, die Gesinnung des Beschenkten, aus der er diese Verfehlung begangen hat, und daß hiebei der Gesichtspunkt, ob der Beschenkte sich ohne jede Veranlassung lieblos gezeigt oder unter dem Eindruck schwerer Reizung von seiten des Schenkers gestanden hat, eine bedeutsame Rolle spielt, liegt auf der Hand. Ein Rechtsirrtum fällt hiernach dem Ber.R. bezüglich des Erwägungsgrundes, aus dem er das Vorliegen groben Undanks verneint hat, nicht zur Last. (Urt. V 553/04 vom 11. Febr. 05.)

— r.

V.

**Haftung der Gemeinde für den aus mangelhafter Verwahrung eines öffentlichen Weges dem Publikum zugehenden Schaden.** Der Kläger stürzte abends auf dem Heimwege, als er durch die Querallee über die Schleusenbrücke gehen wollte, vor der Flutbrücke in den mangelhaft verwahrten Flutgraben und erlitt Verletzungen mit der Folge von Krankheit und Erwerbsunfähigkeit. Seine Schadenersatzklage gegen die Gemeinde wurde vom Landgerichte abgewiesen, da es zwar die mangelhafte Verwahrung des Flutgrabens als die Ursache des Unfalls annahm, die Haftbarkeit der Gemeinde aber verneinte, weil Art. 29 pf. Gem.O. kein Schutzgesetz, auch die Gemeinde nicht Eigentümerin des Weges und der Brücke sei, und weil auf die unterlassene Handhabung der Ortspolizei kein zivilrechtlicher Anspruch gegen die Gemeinde gegründet werden könne. Das Oberlandesgericht Zweibrücken verurteilte dagegen am 27. Januar 1904 die Beklagte zum Schadenersatze.

Aus den Gründen: Nach BGB. wie nach früherem Rechte hat derjenige, der an einem Orte einen Verkehr für andere eröffnet, dafür zu sorgen, daß dieser Weg ohne Gefahr zu begehen ist; den Gemeinden insbesondere obliegt die Fürsorge für die verkehrssichere Beschaffenheit der Gemeindewege. (RG. 54 S. 58.) Der Mangel der nötigen Fürsorge ist rechtswidrige Unterlassung und begründet nach § 823 Abs. 1 die Schadenersatzpflicht desjenigen, der vermöge seiner tatsächlichen und rechtlichen Beziehungen zu dem Wege Dritten gegenüber für die Verkehrssicherheit zu sorgen hat; hierfür ist nicht maßgebend, wer der Eigentümer des Grund und Bodens ist, sondern wer die Straße dem öffentlichen Verkehr übergeben, den Weg für den öffentlichen Verkehr bestimmt und eingerichtet hat. (RG. 48, 297; Oberst. Landesg. 3 S. 1057 RF.) Die Gemeinde haftet, da zur Zeit des Unfalls ein gefahrdrohender Zustand der Querallee

für die Passanten vorhanden und dieser Zustand die Ursache des Unfalls war, da sie ferner für den Zustand des von ihr als öffentlich in Anspruch genommenen und als öffentlich anerkannten Weges verantwortlich und diese Verantwortlichkeit auch dadurch nicht erloschen ist, daß der Grundeigentümer einer Vereinbarung gemäß früher einmal ein — zur Zeit des Unfalles nicht mehr vorhandenes — Geländer angebracht und bezahlt hat: Die Gemeinde hat ihrer Unterhaltungspflicht nicht genügt, wenn sie nicht den Vollzug dieser Vereinbarung überwachte. Auf Art. 29 pf. Gem.O. ist nicht einzugehen, auch nicht auf §§ 366 Ziff. 10, 367 Ziff. 12 RStGB. Auch eine Vorentscheidung des Verw.Ger.H. kommt hier nicht in Frage; denn es handelt sich nicht um eine Schadenszufügung durch einen zu bestimmten Verrichtungen aufgestellten Gemeindebeamten, für den nach § 831 BGB. zu haften wäre, sondern um die schuldhafte Unterlassung einer Verpflichtung der Gemeinde, die der zur Vertretung der Gemeinde berufenen Körperschaft zur Last fällt. Die hiergegen eingelegte Revision wurde durch Urteil des Reichsgerichts (VII Z. S.) vom 30. Januar 1905 zurückgewiesen.

Aus den Gründen des Revisionsurteils: Die von der Beklagten anerkannte Eigenschaft der Querallee als eines öffentlichen Weges und die damit verbundene Verpflichtung der Gemeinde, für die Unterhaltung dieser Gemeindeanstalt zu sorgen, erleidet dadurch keine Aenderung, daß die Gemeinde über den Grund und Boden nur kraft einer Wegservitut verfügt; denn als Grundlage für die Verwaltungseinrichtung eines öffentlichen Weges genügt ein dingliches Recht an fremder Sache (Seydel V 488). Die Annahme, daß aus der Eröffnung eines Verkehrs die Pflicht zur entsprechenden Fürsorge für die Sicherheit des Verkehrenden entspringe und demgemäß auch die privatrechtliche Haftbarkeit der juristischen Personen des öffentlichen Rechts, des Staates, der Gemeinde, wegen eines die Sicherheit gefährdenden Zustandes der öffentlichen Wege begründet sei, entspricht der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts. E. Bd. 48 S. 298, 54 S. 56/7; das Bayer. Oberste Landesg. hat die Schadensersatzpflicht der Gemeinden für Unfälle, die aus der Vernachlässigung der Unterhaltung öffentlicher Wege entstehen, entschieden vertreten. Die Rüge, es sei nicht ersichtlich, worauf die Feststellung beruhe, daß an der fraglichen Stelle das Geländer seit Jahren gefehlt habe, erscheint unerheblich. Abgesehen davon, daß die Feststellung auf eigenem Wissen des Gerichts beruhen kann, hat die Beklagte nirgends eingewendet, daß ihr der Mangel nicht so zeitig vor dem Unfall bekannt gewesen wäre, daß sie irgendwie verhindert gewesen wäre, ihm abzuhelfen.

Mitgeteilt vom Oberlandesgerichtsrat Lunglmayr in Zweibrücken.

## Oberstes Landesgericht.

### I.

**Uebertragbarkeit einer nicht valutierten Kautionshypothek nach bayerischem Hypothekenrecht.** H. stellte, ohne sich zu verpflichten, dem Th. in Aussicht, ihm Kredit zu gewähren. Th. bestellte auf seinem Grundstücke dem H. im Einverständnisse mit ihm „eine hypothekarische Kaution von 25 000 Mk. zur Sicherung aller Ansprüche, die aus dem Kreditverhältnisse entstanden sind oder noch entstehen werden." Die Kautionshypothek wurde in das Hypothekenbuch eingetragen, H. gewährte aber dem Th. keinen Kredit. Th. wurde hierauf mit H. und Sch. dahin einig, daß H. 7550 Mk. von der Kaution löschen lasse, dagegen die restige Hypothek im Betrage von 17 450 Mk. an Sch. mit Rücksicht darauf abtrete, daß dieser sich verpflichtet hatte, den von H. in Aussicht gestellten Kredit bis zum Betrage von 17 450 Mk. dem Th. zu gewähren. Sch. gewährte auch dem Th. den versprochenen Kredit, H. trat nach Löschung von 7550 Mk. die Hypothek in notarieller Urkunde „unter Quittierung der Valuta" an Sch. ab. Später wurde im Range nach der Kautionshypothek eine Vollstreckungshypothek auf dem Blatt für das Grundstück eingetragen. Ihr Inhaber erhob, nachdem das Grundstück subhastiert war, ohne Erfolg Widerspruch gegen den Bestand der Kautionshypothek des Sch. Im übrigen ergibt sich das festgestellte Sachverhältnis, soweit es zum Verständnisse der Entscheidung notwendig ist, aus folgenden Gründen: Der Umstand, daß ein unmittelbares Benehmen zwischen H. und Sch. nicht stattgefunden hat, ist belanglos. Die Abtretungserklärung vom 15. Februar 1900, durch die H. sein Einverständnis mit der ganzen Abmachung betätigt hat, war für Sch. bestimmt und ist ihm zugegangen; da H. seinerseits von Sch. nichts verlangte, bedurfte es einer Annahmeerkläruug des Sch. nach § 151 BGB. nicht. Die Uebertragung der Hypothek auf Sch. ist auch dann wirksam, wenn H. eine Forderung nicht zustand; die in die Abtretungsurkunde aufgenommene unwahre Angabe des H., daß die Kaution bis zum Betrage von 17 450 Mk. erschöpft sei, ist, da Sch. wußte, daß H. dem Th. keinen Kredit gewährt hatte, ohne rechtliche Bedeutung, sie macht die ernstlich gemeinte Uebertragung der Hypothek nicht zu einem Scheingeschäfte. Die Hypothek war dem H. für künftige Forderungen bestellt worden, deren Entstehung durchaus ungewiß war. Der in der Eintragung angegebene Betrag war nur der Höchstbetrag, bis zu dem die Grundstücke haften sollten. Bei solchen Hypotheken für Forderungen aus künftigen Kreditgeschäften kann vorerst nicht nur ungewiß sein, ob, wann, aus welchen Vorgängen und zu welchen Einzelbeträgen Forderungen entstehen werden, sondern es können, wenn in dem Kreditverkehre nicht nur Vorschüsse sondern auch Rückzahlungen stattfinden, auch an die Stelle entstandener und dann getilgter Forderungen neue Forderungen treten. Dabei macht es keinen Unterschied, ob derjenige, dem die Hypothek bestellt ist, zur Eingehung von Rechtsgeschäften, aus denen Forderungen der in Aussicht genommenen Art enstehen, verpflichtet ist oder darin freie Hand hat. Die Hypothek ist für Forderungen bestimmt, die aus einem bestimmten Geschäftskreis entstehen, und dieser kann auch ein bloß wirtschaftliches Verhältnis sein. Nach der Bestimmung der Hypothek ist es auch möglich, sie Forderungen dienstbar zu machen, die in der Person eines anderen als desjenigen entstehen, dem sie bestellt ist, sofern die Forderungen trotz des anderen Gläubigers dem Geschäftskreis angehören, aus dem die Entstehung der durch die Hypothek zu sichernden Forderungen erwartet wird. Unter dieser Voraussetzung wird durch den Eintritt eines anderen Gläubigers die Bestimmung der Hypothek nicht geändert. Dies wird unbedenklich angenommen, wenn derjenige, dem die Hypothek bestellt ist, zur Eingehung von Rechtsgeschäften verpflichtet ist, aus denen durch die Hypothek zu sichernde Forderungen entstehen, in diese Verpflichtung an seiner Stelle ein anderer eintritt und der bisherige Berechtigte mit Rücksicht hierauf die Hypothek auf ihn überträgt (Regelsberger, Bayer. HR. § 87 Nr. 1, Aeltere Sammlung von Entsch. d. OLG. Bd. 9 Nr. 43 S. 134). Durch die Uebernahme der Verpflichtung des bisherigen Berechtigten tritt der neue Kreditgeber in den Geschäftskreis ein, aus dem die durch die Hypothek zu sichernden Forderungen entstehen sollen, die Erstreckung der Hypothek auf die aus seinen Rechtsgeschäften entstehenden Forderungen entspricht der Bestimmung der Hypothek und das macht es möglich, die Hypothek auf ihn zu übertragen. Ein solcher Eintritt in den Geschäftskreis, aus dem die zu sichernden Forderungen entstehen sollen, ist aber auch möglich, wenn derjenige, dem die Hypothek

bestellt worden ist, zur Eingehung von Rechtsgeschäften, aus denen solche Forderungen entstehen, nicht verpflichtet ist. Wird bei einem Kreditverkehr, in dem sowohl Vorschüsse als auch Rückzahlungen stattfinden, die Hypothek mit einer Forderung bestimmten Betrags abgetreten, die Schuld dann durch eine Rückzahlung an den Erwerber gemindert und hierauf von ihm ein neuer Vorschuß gewährt, so haftet die Hypothek auch für diesen, die Fortsetzung des Kreditverkehrs durch den Erwerber genügt, auch wenn eine Verpflichtung dazu nicht besteht, um die Forderung des Erwerbers in den Kreis der Forderungen einzugliedern, für die die Hypothek bestimmt ist. Das Gleiche muß auch dann gelten, wenn, bevor aus dem in Aussicht genommenen Kreditverkehr eine Forderung entstanden ist, an die Stelle desjenigen, von dem die Kreditgewährung erwartet und dem die dafür bestimmte Hypothek bestellt worden ist, vermöge Vereinbarung aller Beteiligten ein anderer tritt, der den erwarteten Kredit gewährt; auch in diesem Falle tritt der neue Kreditgeber in den Geschäftskreis ein, aus dem die durch die Hypothek zu sichernden Forderungen entstehen sollen, und entspricht die Erstreckung der auf ihn übertragenen Hypothek auf die aus seinen Rechtsgeschäften entstehenden Forderungen der Bestimmung der Hypothek. Der Grundsatz der Spezialität der Hypothek wird dadurch gewahrt, daß die Bestimmung der Hypothek unverändert bleibt; die Verschiedenheiten, die sich bei einer solchen Kredithypothek gegenüber einer gewöhnlichen Hypothek ergeben, erklären sich aus der Verschiedenheit ihrer Bestimmung, die gewöhnliche Hypothek soll zur Sicherung einer bestimmten Forderung dienen, die Kredithypothek soll die aus einem bestimmten Geschäftskreis entstehenden Forderungen sichern. Das Hypothekenrecht des Sch. ist hiernach als begründet anzuerkennen. (Urteil I. CS. vom 17. Februar 1905 Reg. I 267/1904.)

Mitgeteilt von E. Yblagger, Rat am Obersten Landesgerichte.

II.

**§§ 97, 98 BGB. Gasmotor als Zubehör eines Grundstücks. Die Eintragung des vorbehaltenen Eigentums an einem Zubehör in das Hypothekenbuch ist unzulässig.** Ein Gasmotor ist in dem Anwesen eines Wagners wie unten angegeben aufgestellt. Der von dem Verkäufer des Motors mit Zustimmung des Käufers gestellte Antrag auf Eintragung des vereinbarten Eigentumsvorbehaltes in das Hypothekenbuch wurde unter Billigung des Obersten Landesgerichtes zurückgewiesen.

Gründe: Der Umstand, daß der Gasmotor mit fünf Steinschrauben auf einer Betonunterlage befestigt ist, in der nach der Entfernung der Schrauben Löcher verbleiben, macht ihn nicht zu einem Bestandteile des Grundstücks oder des Hauses, in dem er aufgestellt ist. Das BGB. hat den Begriff des Bestandteiles nicht ausdrücklich bestimmt. Aus dem Inhalte seiner Vorschriften in den §§ 93 mit 99 ergibt sich, daß Bestandteile die trennbaren Stücke einer Sache sind, die in ihrer Verbindung eine einheitliche Sache im Sinne des Gesetzes bilden (Dernburg, das Bürgerliche Recht Bd. III § 5). Wesentliche Bestandteile einer Sache sind nach dem § 93 diejenigen, die körperlich mit einander verbunden sind und von einander nicht getrennt werden können, ohne daß der eine oder der andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird, und der § 94 erklärt die mit dem Grund und Boden festverbundenen Sachen, insbesondere die Gebäude, für wesentliche Bestandteile des Grundstücks und die zur Herstellung des Gebäudes eingefügten Sachen für wesentliche Bestandteile des Gebäudes. Der Beschwerdeführer verkennt nicht, daß eine Maschine oder eine sonstige Arbeitsvorrichtung, z. B. eine Hobelbank, die zur Herstellung eines festen, gegen Verschiebung gesicherten Standes mittelst Nägel oder Schrauben an der Wand, dem Boden oder einem sonstigen Bestandteile des Hauses befestigt wird, in dem sie benutzt werden soll, dadurch weder im Sinne des § 94 mit dem Grund und Boden fest verbunden noch in das Haus zu dessen Herstellung eingefügt wird (Crome, System des Deutsch. Rechts Bd. I § 59 Nr. I 2, § 60 Nr. Ia; Staudinger, Komm. z. BGB. § 94 Bem. 3a; E. d. RG. i. CS. Bd. 50 Nr. 55 S. 241), und legt mit Recht auch nicht den Löchern, die nach der Abschraubung des Motors in der Betonunterlage verbleiben, die Bedeutung bei, daß mit der Entfernung der Schrauben eine wesentliche Beschädigung oder Veränderung des Gebäudes verbunden sei. Eine solche Befestigung, nach deren Lösung sofort ohne Schwierigkeit und ohne besondere Kosten der ursprüngliche Zustand wiederhergestellt werden kann, stellt aber überhaupt nicht eine Verbindung zwischen der Vorrichtung und dem Grundstücke her, vermöge deren beide zusammen als eine einheitliche Sache erscheinen, sie macht vielmehr die Vorrichtung, sofern diese dem wirtschaftlichen Zwecke des Grundstücks zu dienen bestimmt ist, nach den §§ 97, 98 BGB. zum Zubehör des Grundstücks. Das Hypothekenbuch hat, jedenfalls seit dem Gesetze vom 20. Dezember 1903, ebensowenig wie das Grundbuch die Bestimmung, mit öffentlichem Glauben Aufschluß über besondere Rechtsverhältnisse der beweglichen Sachen zu geben, die mit dem belasteten Grundstück in eine rechtliche Verbindung gebracht sind, insbesondere gewährleistet es nicht das Eigentum des Grundstückseigentümers an solchen beweglichen Sachen, die nach den §§ 97, 98 BGB. Zubehör des Grundstücks sind. Die Eintragung eines Eigentumsvorbehalts in Ansehung beweglicher Sachen, die nur den Zweck haben könnte, das bestehende Eigentum gegen die Wirkungen des öffentlichen Glaubens des Hypothekenbuchs zu schützen, ist deshalb ohne rechtliche Bedeutung. Das Hypothekengesetz gibt den Beteiligten nicht das Recht, Eintragungen zu verlangen, die mit der Bestimmung des Hypothekenbuchs nicht zusammenhängen, von denen sie sich aber in einer anderen Beziehung eine ihren Interessen förderliche Wirkung versprechen. Die Aufnahme von Eintragungen, die außerhalb der Bestimmung des Hypothekenbuchs liegen, müßte, wenn sie statthaft sein sollte, durch eine besondere Vorschrift zugelassen werden, eine solche Vorschrift besteht aber für Eigentumsvorbehalte in Ansehung beweglicher Sachen nicht. (Beschl. I. C.-S. Reg. III 11/1905 vom 4. März 1905.)

Mitgeteilt von E. Yblagger, Rat am Obersten Landesgerichte.

---

## Oberlandesgericht München.

**Pfändung von Darlehensvaluten (Baukapitalsraten).** Die Firma G. erwirkte gegen den Baumeister C. einen vollstreckbaren Titel auf Zahlung von 3000 Mk. für die zu einem Neubau gelieferten Ziegel. Sie pfändete die dem C. gegen den Privatier B. zustehende Forderung auf Zahlung von Baukapitalsraten und ließ sie sich zur Einziehung überweisen. B. berief sich darauf, daß er die Raten immer erst zu zahlen habe, wenn der Bau wieder um ein Stück gefördert sei. Zurzeit stehe der Bau still. Es sei also keine Rate fällig. C. verkaufte mittlerweile den Bauplatz an D., der den Bau mit eigenem Gelde zu Ende führte. Die nunmehr von G. gegen B. erhobene Klage wurde vom Landgerichte abgewiesen. G. legte Berufung ein mit folgender Begründung: Erstrichter räume mit Unrecht dem Beklagten die Befugnis ein, sich auf § 610 BGB. und die allgemeinen Bestimmungen über den Rücktritt (§ 320 BGB.) zu berufen. Dem stehe die Vorleistungspflicht des Baukapitalisten entgegen. Selbst wenn eine solche nicht bestehe, könne doch B. nicht zurücktreten, weil er es unterließ, den C. unter Vorstreckung einer

Frist zur Fortsetzung des Baues aufzufordern. § 610 BGB. sei unanwendbar, weil C. von jeher vermögenslos gewesen und es nicht erst nach dem Vertragsschlusse geworden sei. Eine Gefährdung der Rückerstattung liege nicht vor, weil B. durch den Wert des Bauplatzes vermöge der für das Baudarlehen eingetragenen Hypothek gesichert sei. Die Berufung wurde verworfen.

Aus den Gründen: Es kann dahingestellt bleiben, ob Pfändungen, die durch §§ 850, 851 CPO. nicht unmittelbar ausgeschlossen sind, gleichwohl mit Rücksicht auf den Zweck jeder Vollstreckung, zur Befriedigung des Gläubigers zu dienen, und auf das Chikaneverbot des § 226 BGB. als unzulässig erachtet werden müssen, wenn sie niemals zur Befriedigung des Gläubigers führen können (vgl. OLG. Dresden, Beschl. v. 7. Dez. 1901, Seufferts Archiv 57 S. 343). Denn hier handelt es sich nicht um die Frage der Erlassung eines Pfändungsbeschlusses, sondern um die Wirksamkeit einer schon erfolgten Pfändung. Nach §§ 850—852 CPO. war jedenfalls die Pfändung der Forderung des C. gegen B. auf Zahlung von Darlehensvaluten zulässig. § 851 hat zwar bestimmt, daß in Ermangelung besonderer Vorschriften eine Pfändung der Forderung nur insoweit zulässig ist, als sie übertragbar ist, jedoch auch die Pfändung einer nach § 399 BGB. nicht übertragbaren Forderung insoweit zugelassen, als der geschuldete Gegenstand der Pfändung unterworfen ist. Demnach erscheint die Pfändung auch einer nach § 399 BGB. nicht übertragbaren Forderung im allgemeinen statthaft. Insoweit aber der Wechsel des Gläubigers eine Aenderung des Inhalts der zugesagten Leistung mit sich bringen würde, bleibt trotz der nach § 851 Abs. 2 CPO. zulässigen Pfändung es dem Drittschuldner überlassen, sich dem neuen Gläubiger gegenüber wie aller ihm gegen den ursprünglichen Gläubiger zustehenden Einreden, so auch der durch die Veränderung des Leistungsinhalts geschaffenen zu bedienen. Es ist zwar nicht denkbar, daß die Entscheidung des Reichsgerichts vom 13. Juni 1896 (Entsch. in CS. Bd. 37 S. 336) auf § 851 Abs. 2 der Novelle vom 20. Mai 1898 fußt, wie der Erstrichter annimmt, aber es kommen doch die vom Reichsgericht aus der Natur des Baugeldervertrags gezogenen Folgerungen auch für die nach der neuen Vorschrift zulässige Pfändung in Betracht. Wenn daher Friedländer in den Bl. f. RA. Bd. 69 S. 206, 207 den Baukapitalisten zur Auszahlung der Baugelder an den Pfändungsgläubiger nur soweit für verpflichtet erachtet, als es bei einer Zession der Fall wäre, so pflichtet dem auch das Berufungsgericht bei. Die Natur des Baugeldervertrags liegt darin, daß das Kapital in Raten mit dem Fortschreiten des Baues gezahlt wird. Dies traf auch bei dem Vertrag zwischen B. und C. zu. (Es wird unter Würdigung des Beweises weiter ausgeführt, daß hiernach zur Zeit der Pfändung keine Rate fällig war.) Hätte zur Zeit der Pfändung C. die Zahlung einer weiteren Rate verlangt, so hätte B. diese verweigern können. Durch die Pfändung hat die Klägerin an dem Anspruche des C. nach § 804 CPO. ein Pfandrecht wie das aus einem Vertrag entstehende (§ 1275 BGB.) erlangt. Gemäß § 404 BGB. kann sonach B. dem neuen Gläubiger die ihm gegen C. zustehenden Einwendungen entgegenhalten. Nun macht die Klägerin allerdings geltend, daß jetzt der Bau vollendet und damit der Anspruch wie für C. so auch für sie fällig geworden sei. Es kann aber keine Rede davon sein, daß die nachträgliche Vollendung des Baues durch D. den Anspruch des C. auf die restigen Darlehensbeträge fällig gemacht hätte; denn D. hat den Bau nicht in Ausführung des Baugeldervertrags zwischen B. und C. vollendet. (Es wird ausgeführt, daß ein Eintritt des D. in jenen Vertrag nicht erwiesen sei.) Daß die Vollendung des Baues dazu beigetragen hat, den Wert der Hypothek des B. und damit dessen Sicherheit zu erhöhen, ist belanglos. Denn die Erhöhung des Werts war für B. nur ein ihm zustatten kommendes zufälliges Ereignis, nicht aber eine Leistung des C. Es kann auch davon keine Rede sein, daß B. zahlen müsse, weil er es unterließ, den C. zur Fortsetzung des Baues aufzufordern und ihm hiewegen eine Frist zu setzen. Von der Anwendung des § 326 Abs. 1 BGB. könnte nur gesprochen werden, wenn es sich um einen Verzug des C. und die Weigerung der Annahme nachträglicher Leistung durch B. handeln würde. Aber eine nachträgliche Leistung ist nicht angeboten worden und die Bauvornahme des D. ist nicht als solche zu erachten (Urt. vom 21. Februar 1905).

————— n.

## Oberlandesgericht Augsburg.

**Tragweite der §§ 1641 und 1643 Abs. 1 BGB. im Falle des Verzichts auf eine Hypothek des Kindes.** Der Darlehenskassenverein K. hat gegen den Fabrikarbeiter J. E. in H. Klage auf Löschung desjenigen Gutsabstandsforderungsteils von 375 Mk., welcher für letzteren auf dem nunmehr an den Kläger verkauften Anwesen seines Bruders G. E. hypothekarisch versichert war, zum Landgerichte A. mit der Begründung gestellt, daß auf diese Hypothekforderung, soweit sie nicht bezahlt wurde, mit Genehmigung der Mutter M. E. als gesetzlicher Vertreterin ihres damals noch minderjährigen Sohnes J. E. verzichtet worden sei. Der Anwalt des Beklagten beantragte aber die kostenfällige Abweisung der Klage, weil der Verzicht eine nach § 1641 BGB. unzulässige Schenkung darstelle, und jedenfalls der obervormundschaftlichen Genehmigung bedurft hätte. Mit Urteil vom 27. Juni 1904 hat auch das Landgericht die Klage abgewiesen; allein die hiegegen eingelegte Berufung hatte den Erfolg, daß das Oberlandesgericht Augsburg, II. Zivilsenat, mit Urteil vom 2. März 1905 den nunmehr großjährigen Beklagten verurteilte, die Löschung der Hypothek zu bewilligen und die Kosten der beiden Rechtszüge zu tragen, und zwar aus folgenden Gründen: Der § 1641 BGB. findet im vorliegenden Falle keine Anwendung, weil der fragliche Verzicht rechtlich nicht als Schenkung beurteilt werden kann. Der Bruder des Beklagten G. E. war verschuldet, kurz vor seinem Zusammenbruche ist die Gutsabstandsforderung sowohl des Beklagten zu 375 Mk., als seiner Mutter M. E. zu 750 Mk. und seiner Schwester zu 375 Mk. im Hypothekenbuche eingetragen worden, dieser Eintrag ist aber anfechtbar gewesen, und zur Abwendung der Subhastation, wobei die Gutsabstandsforderungen offenbar ausgefallen wären, der klägerische Verein eingesprungen, indem er das Anwesen dem G. E. abkaufte, und mit der Mutter M. E. besonders vereinbarte, daß er, klägerischer Verein, die Wegzahlung der Kurrentgläubiger übernahm, die Mutter aber in ihrem und des J. E. Namen auf den Gutsabstand verzichtete, soweit er ihnen nicht vom Vereine heimbezahlt wurde. Von einer Schenkung zugunsten des Vereins kann also unter den angegebenen Umständen keine Rede sein, allein auch nicht zugunsten des durch die Befreiung von der Schuld bereicherten Anwesensverkäufers G. E., weil mit ihm die Vereinbarung nicht getroffen wurde. Denn nach § 516 BGB. ist Schenkung eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen Anderen bereichert, wenn beide Teile darüber einig sind, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolge. Nun ist aber durch den Verzicht aus dem Vermögen des Beklagten nichts in das Vermögen des Klägers gekommen, weil dieser den Betrag, auf welchen verzichtet wurde, zur Befriedigung der Kurrentgläubiger verwendet hat, und eine Einigung in dieser Richtung zwischen dem Kläger und G. E. nicht getroffen worden. Anlangend aber die Rüge des Mangels vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung, so war solche nach § 1643 Abs. 1 und 1686 BGB., welch letzterer die für die väterliche Gewalt geltenden Vorschriften auf die Mutter

erstreckt, zu obigem Verzichte nicht notwendig. Der § 1643 Abs. 1 BGB. bestimmt, daß der Vater als Inhaber der elterlichen Gewalt der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts in denjenigen Fällen bedürfe, in welchen nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1 bis 3, Abs. 2, und nach § 1822 Nr. 1, 3, 5, 8 bis 11 BGB. ein Vormund der Genehmigung bedarf. Nun ist zwar nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1 zur Verfügung des Vormunds über ein Recht des Mündels an einem Grundstücke die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich, allein hievon in Abs. 2 der Fall ausgenommen, daß Hypotheken in Frage stehen, über welche ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts verfügt werden kann. Auch schlägt die Bestimmung in § 1812 Abs. 1 und 3 BGB., daß der Vormund über eine Forderung oder über ein anderes Recht, kraft dessen der Mündel eine Leistung verlangen kann, nur mit Genehmigung des Gegenvormundes verfügen darf, und daß beim Nichtvorhandensein eines Gegenvormundes an dessen Stelle das Vormundschaftsgericht tritt, hier nicht ein, weil ein Gegenvormund nach § 179 Abs. 1 BGB. nur neben dem Vormunde im engeren Sinne, nicht aber neben Vater oder Mutter bestellt werden kann, auf welch beide der § 1812 überhaupt keine Anwendung findet (vgl. Planck Anmerkung II Abs. 3 zu § 1643 BGB.).

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Donle in Augsburg.

## Landgericht München I.

**Zu § 12 der Allerh. Verordnung vom 17. November 1902, Gebühren für ärztliche Dienstleistungen bei Behörden betr.** In einem Entmündigungsverfahren wurden alle Kosten der Partei auferlegt. Der Sachverständige beanspruchte für das Gutachten die Gebühr von 18 Mk., die ihm durch das Gericht angewiesen und durch den rechnungsführenden Sekretär ausgezahlt wurde. Der Gebührenansatz wurde von der Regierungsfinanzkammer beanstandet, weil nach § 12 Abs. 3 der Verordnung zunächst nur der niedrigste Betrag hätte ausgelegt werden dürfen. Das Amtsgericht lehnte die Abänderung des Gebührensatzes ab, indem es folgende Rechtsanschauung vertrat: Für die ärztliche Dienstleistung war nicht der niedrigste Betrag anzusetzen, weil der Staat nicht der gebührenpflichtige Teil war. Nur wenn der Staat der Gebührenschuldner ist, ist das richterliche Ermessen begrenzt, nicht aber, wenn der Staat der die Gebühren nur auslegende Teil ist. Da der Sachverständige die Gebühren nicht vom Richter erhält, sondern von dem mit dem Rechnungswesen betrauten Beamten, so wäre es Sache des letzteren gewesen, dafür zu sorgen, daß der Sachverständige unbekümmert um die richterliche Festsetzung nur den niedrigsten Betrag erhalten hätte. Der Rechnungsbeamte hätte, als der Sachverständige auf Grund der Anweisung Zahlung begehrte, die über den Mindestbetrag hinausgehende Zahlung verweigern müssen. Der Festsetzung des niedrigsten Betrages durch den Richter bedarf es nicht, weil der niedrigste Betrag durch die Verordnung selbst festgesetzt ist. Der § 12 Abs. 3 der Verordnung wendet sich nicht an den Richter, sondern an den Rechnungsbeamten. Der Richter ist in dem Augenblick, in dem er die Gebühren des Sachverständigen festsetzt, gar nicht in der Lage, zu ermessen, ob ein Fall gegeben ist, in dem die Staatskasse die Kosten einstweilen auslegt. Die unter Benützung des vorgeschriebenen Formulares erteilte Gebührenanweisung enthält nicht den Auftrag an den Rechnungsbeamten, die festgesetzte Gebühr auszuzahlen; sie enthält nur die Bewertung der Tätigkeit des Sachverständigen durch den Richter, in ihr wird nur dem Sachverständigen gegenüber die Gebühr festgesetzt; sie schafft dem Sachverständigen nur einen Rechtstitel, auf Grund dessen er für seine Mühewaltung eine Entschädigung in der festgesetzten Höhe verlangen kann, wobei es seinem Belieben anheimgegeben ist, an wen er sich wegen der Auszahlung wenden will, an die Partei oder an die Staatskasse. Auf erhobene Beschwerde änderte das Beschwerdegericht die Gebührenfestsetzung des Amtsgerichts dahin ab, daß für das Gutachten aus der Staatskasse lediglich 10 Mk. auszuzahlen seien. Gründe: Nach § 17 der Geb.O. für Zeugen und Sachverständige hat der Richter die den Zeugen und Sachverständigen gebührenden Beträge festzusetzen. In den Fällen des § 12 Abs. 3 der VO. vom 17. November 1902 sind die Gebühren allerdings nach freiem richterlichen Ermessen festzusetzen, der Arzt erhält jedoch zunächst nur den niedrigsten Betrag. Das Amtsgericht hat dieser Vorschrift zuwidergehandelt. Die Bestimmung der zunächst auszuzahlenden niedrigsten Gebühr darf keineswegs dem rechnungsführenden Sekretär überlassen werden. Der Richter hat vielmehr den aus der Staatskasse auszuzahlenden Betrag anzuweisen und demnach auch festzusetzen, wie sich aus dem amtlich vorgeschriebenen Formular (G. u. V.Bl. 1879 S. 1287) ergibt, wobei allerdings eine ausdrückliche „Festsetzung" der niedrigsten Gebühr unterbleiben kann, da eine solche Festsetzung implicite in der Anweisung enthalten ist. Der rechnungsführende Sekretär ist in vielen Fällen gar nicht in der Lage, die niedrigste Gebühr zu bestimmen; er kann aus der Gebührenberechnung gar nicht ersehen, was für ein Gutachten vom Sachverständigen erstattet worden ist und kann nicht beurteilen, ob sich die Gebühr nach Ziff. 7 oder nach Ziff. 8 der Geb.O. richtet. Die Ansicht des Amtsgerichts über den Zweck und die Bedeutung der Zahlungsanweisung ist unzutreffend und führt zu Unzuträglichkeiten (Beschl. vom 17. Dezember 1904. Beschw.-Reg. 694/04). — t —

## Aus der Praxis des bayer. Verwaltungsgerichtshofs.

Ueber die rechtliche Bedeutung des Gewerbekatasters hat der Verwaltungsgerichtshof folgendes ausgeführt: Dem amtlichen Gewerbekataster ist nirgends die Eigenschaft als Träger der darin eingetragenen Rechte eingeräumt, wie dem Grundbuch. Die Herstellung der Gewerbekataster, in welche alle bestehenden Gewerbe mit der Bezeichnung als reale oder persönliche eingetragen werden sollten, war durch Ziff. 20 der VO. vom 1. Dezember 1804, die Handwerksbefugnisse betr. angeordnet worden, um den Gewerbepolizeibehörden die Möglichkeit zu bieten, bei Erledigung einer Handwerksgerechtigkeit deren Uebergang in andere Hände zu prüfen, die Veräußerung zu einem den Wert übersteigenden Preise zu verhindern und den Rückfall persönlicher Handwerksgerechtigkeiten zur weiteren obrigkeitlichen Verleihung zu überwachen. Nach Ziff. 2 der VO. vom 28. Dezember 1825, die Vollziehung der gesetzlichen Grundbestimmungen über das Gewerbewesen betr. sollten die Kataster der realen und radizierten Gewerbe, wo sie infolge der Verordnung vom 1. Dezember 1804 hergestellt wurden, abgeschlossen werden, nachdem insbesondere die radizierte Eigenschaft der in Art. 4 Ziff. 5 des Gew.G. vom 11. September 1825 erwähnten Tafernen und diesen gleichgeachteten Gasthäuser von den Polizeibehörden gewürdigt und festgestellt worden war. Die Ministerialentschließung vom 30. Oktober 1835 erklärt in Ziff. I die Kataster der realen und radizierten Gewerbe gleichfalls für abgeschlossen, bestimmt aber in Ziff. III, daß die Gerichte in Zukunft jeden definitiven Ausspruch über die reale Natur eines Gewerbes den Polizeibehörden zum Eintrag in den Kataster mitzuteilen haben. In Ziff. IV sind aber auch die Fälle erwähnt, daß als real erachtete Gewerbe in den Katastern noch nicht definitiv in solcher Eigenschaft eingetragen sind und daß die Lösung der Frage nach der Realität oder

Nichtrealität eines Gewerbes aus den Katastern nicht mit Verlässigkeit hervorgeht. In Ziff. V ist vorgeschrieben, daß, wenn die Polizeibehörde selbst Bedenken findet ein Gewerbe als real anzuerkennen, sie dem Eigentümer des Gewerbes bekannt zu geben habe, daß die weitere Verhandlung seines Gesuches bis zur Vorlage eines rechtskräftigen gerichtlichen Beschlusses über die Vorfrage der Realität ausgesetzt bleibe. Nach Art. 84 der Gewerbs-Instruktion vom 17. Dezember 1853 endlich hat, wer die reale oder radizierte Eigenschaft eines Gewerbes behauptet, sie im Falle der Beanstandung dieser Eigenschaft durch die Gewerbepolizeibehörde zu erweisen und nach Maßgabe der Justizministerialentschließung vom 28. August 1835 gerichtlich konstatieren zu lassen. Eine ähnliche Bestimmung, wie der Eingang des oben angeführten Art. 84 der VO. vom 17. Dezember 1853, enthält auch § 30 der VO. vom 21. April 1862 zum Vollzug der Grundbestimmungen für das Gewerbswesen. Aus diesen Vorschriften geht hervor, daß der Eintrag eines Gewerbes als eines realen im Kataster für sich allein noch keinen Ausweis für den wirklichen Bestand des behaupteten Realrechts bildet, wenn er auch in der Regel als Nachweis für den Besitzstand gelten kann. (Vgl. Sammlung von Entsch. d. K. VGH. Bd. 11 S. 5; Bl. f. a. Pr. Bd. 40 S. 258, Bd. 41 S. 289, Bd. 43 S. 39, Bd. 44 S. 65 und 184.) — Entsch. vom 23. November 1904: Amtsbl. der Min. des Aeußern und des Innern 1905 S. 95.

Mitgeteilt von Bez.-Ass. Dr. Schmidt im Min. des Aeußern.

## Aus den amtlichen Blättern.

**Reichsgesetzblatt:** Nr. 9 S. 157. Bek. v. 7. III. 05 betr. eine neue Ausgabe der dem internationalen Uebereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr beigefügten Liste. — Nr. 10 S. 179. Ges. betr. Aenderung des § 113 GVG. (Aenderung der Voraussetzungen f. d. Ernennung zum Handelsrichter). S. 180. Bek. v. 18. III. 05 betr. Anlegung von Mündelgeld in Schuldverschreibungen des Fürstl. Waldeckischen Domaniums.

**Gesetz- und Verordnungsblatt:** Nr. 15 S. 79. VO. v. 17. III. 05, die Arzneitaxe betr. — Nr. 16 S. 165. Bek. v. 22. III 05, die Erteilung der Rheinschifferpatente betr. — Nr. 17 S. 175. VO. v. 26. III. 05 über die Untersuchung der Rheinschiffe. — S. 200. Bek. vom 26. III. 05, poliz. Vorschr. über die Beförderung von Petroleum und dessen Destillationsprodukten in Kastenschiffen auf dem Rhein betr. — Nr. 18 S. 203. Oberpoliz. Vorschrift v. 22. III. 05 betr. Zeit und Art des Fischfangs. — Nr. 19 S. 207. Bek. vom 22. III. 05, die Aenderung der Rheinschiffahrts-Polizeiordnung betr.

**Justizministerialblatt:** Nr. V S. 567. Bek. v. 5. II. 05 die Einführung der elektr. Beleuchtung, der Gasbeleuchtung oder einer ähnlichen zentralen Beleuchtung in den Amtsgebäuden betr. — S. 573. Bek. v. 16. II. 05, die Strafverfahren wegen Hoch- und Landesverrats und Verrats mil. Geheimnisse betr. — S. 574. Bek. v. 13. II. 05, die Aufsicht über die Amtsführung der Standesbeamten in der Pfalz betr. — S. 575. Bek. v 26. II. 05, d Vollzug des Erbschaftssteuergesetzes betr. — Bek. v. 9. III. 05, die Anlegung des Grundb. in der Pfalz betr.

## Literatur.

**Krick, Dr. Ludwig Heinrich,** Domkapitular in Passau. Handbuch des Katholischen Pfründewesens mit Rücksicht auf die im Königreiche Bayern geltenden staatlichen Bestimmungen. 4., vielfach verbesserte und größtenteils umgearbeitete Auflage. Kempten 1905, Jos. Kösel. Brosch. 6 Mk., gebd. 8 Mk.

Gegenüber der 3. Auflage hat das neu erschienene Werk in der äußeren Einteilung keine wesentlichen Aenderungen erfahren; wie jene behandelt es in vier Teilen: die Stiftung, Errichtung und Veränderung der Pfründen, dann ihre Besetzung und Erledigung, das Einkommen der Pfründebesitzer und die Verwaltung des Pfründevermögens. Im Anhang enthält es eine größere Anzahl von Formularien, darunter nunmehr auch solche zu Interkalarfrüchtenrechnungen. Die Vermehrung der Paragraphen und die Erweiterung des Umfanges der neuen Auflage hängt u. a. mit der seit Erscheinen der 3. Auflage erfolgten Einführung des BGB. zusammen. Neu sind die Abschnitte über Entziehung der Pfründen, dann über Eintragung des Grundbesitzes und der dinglichen Rechte in das Grundbuch sowie über Kraftloserklärungen der Schuldverschreibungen und Wertpapiere.

Für den Richter werden, abgesehen von diesen Ausführungen, besonders die Darlegungen der Baupflichtverhältnisse an den Pfründegebäuden von Interesse sein. Wie die Handbücher der Verwaltung des katholischen Pfarramtes und des Kirchenvermögens, die vor nicht langer Zeit ebenfalls neu erschienen sind, zeichnet sich der vorliegende 2. Band der „Handbibliothek für die pfarramtliche Geschäftsführung“ durch gründliche Bearbeitung, klare und systematisch gut geordnete Darstellung, dann durch Verlässigkeit aus. Die neue Auflage läßt überall Ergänzungen und Verbesserungen ersehen; Rechtsprechung und Literatur sind sorgfältig nachgetragen. Auch für Juristen wird das neueste Krick'sche Werk sehr brauchbar sein, dem Rechtspraktikanten wird es vorzügliche Dienste leisten.

Dr. Schmidt.

**Otto, Dr. iur. Karl,** Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs. Auf der Grundlage von Pöhlmanns Gedächtnislehre gemeinverständlich erläutert. I. und II. Lieferung. München 1904. Chr. L. Pöhlmann. Brosch. Mk. 2.50 und Mk. 3.80.

Es handelt sich hier um den eigenartigen Versuch, die Einprägung des Rechtes des Bürgerlichen Gesetzbuches durch mechanische Hilfsmittel zu erleichtern. Diese Absicht soll in folgender Weise erreicht werden: Ein systematisch abgefaßter, durch Hervorhebung zahlreicher Unterabschnitte reich gegliederter, an einem breiten Rande die einschlägigen Paragraphen-Ziffern des Bürgerlichen Gesetzbuches aufführender Text ist in verschiedenen Farben und mit verschiedenen Typen gedruckt. Einzelne in Rot gedruckte Wörter und Sätze ergeben, im Zusammenhange gelesen, die Grundgedanken des jeweiligen Abschnitts in gedrängter Form. (In dem § 6, der von der Ehescheidung handelt, lauten diese z. B.: „Nur wegen der im Bürgerlichen Gesetzbuch aufgezählten Ehescheidungsgründe kann Scheidung begehrt werden. Absolute Ehescheidungsgründe sind 1. Ehebruch, 2. Doppelehe usw. Relative Ehescheidungsgründe sind 1. schwere Verletzung der Ehepflichten usw.“). Zahlreiche fettgedruckte Stücke sollen sozusagen als Unterstreichungen wirken. Ausnahmen sind blau gedruckt; einzelne gerichtliche Entscheidungen sind an geeigneter Stelle in Grün eingefügt. Der Text ist geschickt und klar abgefaßt und recht übersichtlich disponiert. Dieser Vorzug, der von dem juristischen Verständnis des Verfassers zeugt, kann jedoch infolge der gekünstelten Farbenspielerei, die den Zusammenhang beim Lesen fortgesetzt stört, nicht recht zur Geltung kommen. Das Buch wäre besser, wenn die technischen Eigentümlichkeiten weggeblieben wären. Der Ueberblick wird durch sie nicht gefördert, sondern gehemmt. Auf manchen Seiten hat man infolge der übertriebenen Mannigfaltigkeit des Druckes nur den Eindruck einer wilden Verwirrung. Es ist ein Irrtum, wenn man glaubt, das Verständnis eines Gesetzes, das streng wissenschaftlicher Erforschung bedarf, durch Aeußerlichkeiten fördern zu können. Der Schwerpunkt liegt hier im Begreifen, nicht im Auswendiglernen.

von der Pfordten.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, II. Staatsanwalt im K. Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising

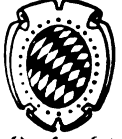


Nr. 9. München, den 1. Mai 1905. 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer.
Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum, Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.



## Notar und Vollstreckungsgericht bei der Zwangsversteigerung.

Von **Theodor von der Pfordten.**

Wie im bisherigen Rechte wird unter der Herrschaft des Zwangsversteigerungsgesetzes die Abwickelung des wichtigsten und schwierigsten Teiles des Vollstreckungsverfahrens den Notaren zufallen. Ihr Wirkungskreis wird die eigentliche Versteigerung der Grundstücke von der Terminsbestimmung an bis zu der Entscheidung über den Zuschlag umfassen. Der Notar handelt bei der Versteigerung nicht als ein Vertreter des Vollstreckungsgerichts im privatrechtlichen Sinne; er hat seine Aufgabe nicht in der Weise aufzufassen, daß er mit dem Verkauf eines Grundstücks betraut sei: namens des Richters einen Käufer, den Ersteher, ausfindig zu machen, mit ihm einen Vertrag zu schließen und diesen zu beurkunden habe; seine Tätigkeit ist prozessual, sie unterliegt den Vorschriften der Zivilprozeßordnung neben denen des Zwangsversteigerungsgesetzes, sie gipfelt darin, daß er kraft ihm übertragener öffentlich-rechtlicher Gewalt durch einen in prozessualen Formen zu fassenden, prozessualen Rechtsmitteln unterliegenden Beschluß dem Schuldner sein Eigentum entzieht und es auf den Ersteher überträgt. Es wird von Wichtigkeit sein, wenn sich der Notar bei der Lösung der einzelnen ihm aufstoßenden Rechtsfragen stets vergegenwärtigt, daß er eine richterliche Tätigkeit zu entfalten hat, und daß die frühere rein privatrechtliche Beurteilung der Vorgänge bei der Zwangsversteigerung einer überwundenen Rechtsauffassung angehört.[1])

I. Der Notar tritt an die Stelle des Vollstreckungsgerichts; er hat wie dieses nach eigenem Ermessen das Verfahren zu leiten und die erforderlichen Verfügungen und Entscheidungen zu erlassen. Aufträge des Vollstreckungsgerichts über die Art der Erledigung der Sache hat er nicht entgegenzunehmen; ebensowenig ist es ihm gestattet, sich in Zweifelsfragen dadurch Rat zu erholen, daß er von Amts wegen die Entscheidung des Gerichts anruft. Aber gleichwohl ist er diesem gegenüber nicht völlig selbständig; seine Unterordnung unter den Vollstreckungsrichter ist sogar strenger als die des letzteren unter das Beschwerdegericht. Dies zeigt sich darin, daß gegen jede Entscheidung des Notars das Vollstreckungsgericht angerufen werden kann; § 13 Abs. 2 Satz 1 EG. z. ZwVG. unterwirft zwar die Anrufung den besonderen Vorschriften der §§ 96—104 ZwVG. nicht aber der in § 95 verordneten Einschränkung, wonach die vor der Beschlußfassung über den Zuschlag erfolgten Entscheidungen einer Anfechtung für die Regel entzogen sind. In welcher Weise sich freilich die Beziehungen zwischen Notar und Vollstreckungsgericht hinsichtlich der Maßnahmen gestalten werden, die dem Zuschlage vorangehen, ist nicht völlig unzweifelhaft.

1. Die durch § 13 Abs. 2 Satz 1 EG. z. ZwVG. für entsprechend anwendbar erklärten §§ 96—104 ZwVG. handeln nach ihrem Wortlaute nur von der Beschwerde gegen den Zuschlag, auch nach ihrem Inhalte können sie unmittelbar nur auf dessen Anfechtung bezogen werden. Man folgert jedoch aus dem § 96 und seiner Verweisung auf die Bestimmungen der CPO. über die sofortige Beschwerde, daß in den übrigen Fällen die Anrufung sachlich wie eine sofortige Beschwerde im Sinne der CPO. zu behandeln sei, wenn sie auch ihrer rechtlichen Natur nach nicht als eine solche angesehen werden soll. Hieraus würde sich ergeben, daß die Anrufung nur innerhalb einer Frist von zwei Wochen zulässig ist und daß der Notar zu einer Aenderung seiner Entscheidung nicht befugt ist.[1]) Die Richtigkeit dieser Auffassung läßt sich in Zweifel ziehen. Praktisch spricht gegen sie das Bedenken, daß es nicht zweckmäßig ist,

[1]) Vgl. vor allem die vortrefflichen, schlechthin nicht zu widerlegenden Ausführungen bei Fischer-Schaefer, Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen S. 28—30.

[1]) So Jäckel, Kommentar zum ZwVG. 2. Aufl. S. 647 unter 4, Fischer-Schaefer a. a. O. S. 607 unter 2; auch die Denkschrift (S. 72) scheint die gleiche Auffassung zu vertreten.

wenn der Notar seine Entscheidungen auf Anrufung des Gerichts nicht ändern kann. Und es läßt sich auch sehr wohl behaupten, durch die Verweisung auf §§ 96 ff. habe der Gesetzgeber nur die Anfechtung der Entscheidung über den Zuschlag regeln wollen. Für diese Entscheidung besteht das Bedürfnis der Rechtskraft und somit auch eines der sofortigen Beschwerde nachgebildeten Rechtsmittels, weil sie die eigentliche Versteigerung urteilsartig schließt und weil der Zuschlag mit zahlreichen zum Teil sehr einschneidenden materiellrechtlichen Wirkungen verknüpft ist. Für andere Fälle ist ein solches Bedürfnis nicht anzuerkennen. Große praktische Bedeutung hat übrigens die Frage für Bayern nicht. Denn das Verteilungsverfahren ist in Bayern dem Notar nicht überwiesen und die vor der Entscheidung über den Zuschlag liegenden Verfügungen werden mit der Rechtskraft der Erteilung oder Versagung des Zuschlags einer Anfechtung selbstverständlich ohnehin entzogen.

2. Wichtiger ist die Frage, ob und inwieweit der Anrufung des ordentlichen Gerichts aufschiebende Wirkung beizumessen ist. Folgt man der erwähnten herrschenden Anschauung, die auf die Vorschriften der Zivilprozeßordnung zurückgreifen will, so muß die aufschiebende Wirkung der Anrufung versagt bleiben. Wohl aber würden sowohl der Notar selbst als auch das Vollstreckungsgericht die Befugnis haben, den Vollzug der angefochtenen Entscheidung zunächst auszusetzen (§ 572 CPO.). Weiter geht Betzinger,[1]) der die Beschwerdevorschriften der Zivilprozeßordnung anscheinend nicht anwenden will, aber aus der Natur der Sache und der Stellung des Versteigerungsbeamten als „Gerichtsdelegierten" den Schluß zieht, daß für die Regel der Notar nach der Anrufung seine Tätigkeit sofort einzustellen habe und die Akten dem Vollstreckungsgerichte vorlegen müsse. Man wird hier gut tun, die außerhalb des Versteigerungstermins und die im Termine ergehenden Verfügungen auseinander zu halten.

a) Unter den ersteren kommen praktisch für Bayern wohl nur die Entscheidung über die Anberaumung des Versteigerungstermins und die damit zusammenhängenden Verfügungen in Betracht. Sollte hier eine Anrufung des Gerichts wirklich vorkommen, so wird dessen Beschluß wohl immer so zeitig ergehen, daß er durch das Verfahren des Notars nicht überholt wird; liegt aber diese Gefahr nahe, so hat es der Notar — welche Anschauung er auch vertreten mag — immer in der Hand, den Fortgang des Verfahrens selbst zu hemmen und wird dies wohl auch stets tun.

b) Was die im Termine selbst ergehenden Entscheidungen anlangt (Bildung des geringsten Gebots, Festsetzung der übrigen Versteigerungsbedingungen, Zulassung oder Zurückweisung von Geboten usw.) so hebt Betzinger[1]) selbst hervor, daß es unmöglich zugelassen werden kann, daß ein Beteiligter den Termin vereitelt und die Versteigerung zum Stillstande bringt, indem er sich an das Vollstreckungsgericht wendet. Er hätte auch an einem solchen Vorgehen gar kein berechtigtes Interesse. Denn entweder wird sein Widerspruch durch den weiteren Verlauf der Versteigerung gegenstandslos (die abgegebenen Gebote decken ihn z. B. vollständig) oder es muß bei der Beschlußfassung über den Zuschlag im Hinblick auf § 83 ZwVG. doch nochmals die Berechtigung seines Begehrens geprüft werden. Wird diesem dann nicht Rechnung getragen, so kann er den Beschluß anfechten, der den Zuschlag erteilt oder versagt. Betzinger gelangt daher zu dem Ergebnisse, daß der Termin nicht abgebrochen werden muß, sondern zu Ende geführt werden kann und daß nur der Beschluß über den Zuschlag ausgesetzt werden muß, falls nicht die vorgebrachte Beanstandung durch die weiteren Ereignisse im Termine belanglos geworden ist. Man kann vielleicht noch weiter gehen und dem Notar auch gestatten, den Beschluß über den Zuschlag zu verkünden, ohne daß auf die Anrufung des Gerichts Rücksicht genommen wird. Vom Standpunkte der herrschenden Meinung aus ließe sich dieses Vorgehen durch entsprechende Anwendung des § 572 CPO. rechtfertigen. Und man könnte sogar recht wohl behaupten, daß das Gesetz eine Anrufung des Gerichts hinsichtlich der einzelnen Vorgänge im Versteigerungstermine überhaupt nicht gestatten wollte, da diese ja nur Grundlagen für die Versagung oder Erteilung des Zuschlags bilden und bei deren Anfechtung bemängelt werden können. Wenn auch das Gesetz eine solche Beschränkung nicht ausdrücklich aufstellt, so entspricht sie doch seinem Geiste; es ist anzunehmen, daß es an der Einheitlichkeit der Versteigerungshandlung festhalten wollte, daß also unter einer „Entscheidung" im Sinne des § 13 Abs. 2 EG. z. ZwVG. eine die Entscheidung über den Zuschlag nicht unmittelbar beeinflußende Verfügung zu verstehen ist, nicht aber eine der in einem Zuge sich abspielenden auf ein Ziel hindrängenden Handlungen im Versteigerungstermine.

Ein gewandter Notar wird sich also keinesfalls dadurch irre machen lassen, daß im Termine an das Vollstreckungsgericht appelliert wird, sondern die Versteigerungshandlung beenden. Bis zu der Verkündung seiner Entscheidung wird sich ein amtsgerichtlicher Beschluß selten erzielen lassen. Ist aber einmal die Verkündung erfolgt, so wird die Anfechtung aller früher ergangenen Verfügungen hinfällig und wertlos und nur der Angriff gegen den Zuschlagsbeschluß kann noch zum Ziele führen.

II. § 13 EG. z. ZwVG. behält die Entscheidung über Anordnung, Aufhebung oder Verbindung des Verfahrens oder über die Zulassung

[1]) Recht 1901 S. 610 ff.

[1]) A. a. O. S. 610, 611.

des Beitritts eines Gläubigers dem Vollstreckungsgerichte vor. Die Einstellung und die Fortsetzung eines eingestellten Verfahrens kann dem Notar überlassen werden, jedoch selbstverständlich nur insoweit, als sie nicht auf Grund der allgemeinen Bestimmungen der Zivilprozeßordnung über die Einstellung der Vollstreckung zu geschehen hat. In dieser Beschränkung hat Bayern von dem Vorbehalte Gebrauch gemacht (Art. 25 Abs. 2 AG. z. GBO. u. z. ZwVG.). Der Notar hat also die Einstellung in den Fällen der §§ 30 und 75—77 zu verfügen. Dagegen muß er die Akten dem Vollstreckungsgerichte vorlegen, wenn ein Gläubiger zum zweiten Male die Einstellung des Verfahrens bewilligt (§§ 29, 30 ZwVG.),[1]) und wenn die Versteigerung zweimal ergebnislos verläuft. Die einstweilige Einstellung im Falle des § 28 ZwVG. dürfte dem Notar nicht zustehen.[2]) Denn diese ist eine die Aufhebung ersetzende und sie stillschweigend androhende Maßregel. Wenn der Notar die Drohung mit der Aufhebung nicht ausführen kann, so darf er sie gar nicht aussprechen. Würde das Vollstreckungsgericht seine Anschauung über das Vorliegen eines Aufhebungsgrundes nicht teilen, so würde die von ihm vorgenommene Fristsetzung sich hinterher als überflüssig und wertlos erweisen. Zudem darf dem Vollstreckungsgerichte die Entscheidung darüber nicht entzogen werden, ob es die Aufhebung des Verfahrens sofort aussprechen oder durch Vorstreckung einer Frist noch Gelegenheit zur Beseitigung des Hindernisses geben will.

Die Vorschrift, daß zur Aufhebung des Verfahrens nur das Gericht zuständig ist, hat eine Streitfrage gezeitigt, zu der die Praxis alsbald wird Stellung nehmen müssen: Ist der Notar befugt, die Versagung des Zuschlags auch dann auszusprechen, wenn der Beschluß als Aufhebung des Verfahrens wirkt? (§ 86 ZwVG.).[3]) Aus Art. 25 AG. z. GBO. u. z. ZwVG., der ja die Entscheidung über den Zuschlag schlechthin dem Notar überträgt, kann die Lösung nicht ohne weiteres gewonnen werden. Denn es fragt sich eben, ob die Landesgesetzgebung eine Betrauung des Notars mit der vollstreckungsgerichtlichen Tätigkeit in solchem Umfange vornehmen durfte. Man kann die Verneinung der Frage damit begründen, daß es nicht auf die Form ankomme, in der die Aufhebung des Verfahrens ausgesprochen werde, sondern nur auf die sachliche Bedeutung des Beschlusses. Dem läßt sich entgegenhalten, daß die Wirkung der Versagung des Zuschlags als Aufhebung nicht an den Beschluß als solchen sondern an eine weitere erst noch zu ihm hinzutretende Rechtsfolge, nämlich an den Eintritt der Rechtskraft, geknüpft sei. Völlig überzeugend ist dieser Einwand nicht; aus § 33 ZwVG. kann der Satz abgeleitet werden, die Versagung des Zuschlags sei auch ohne das Dazwischentreten der Rechtskraft nichts anderes als eine Entscheidung über die Aufhebung des Verfahrens, falls erst nach dem Schlusse der Versteigerung das Vorhandensein eines Aufhebungsgrundes entdeckt werde. Ob diese Entdeckung früher oder später gemacht werde, könne an der Zuständigkeit nichts ändern. Zuzugeben ist hinwiederum freilich, daß praktisch die Annahme der Zuständigkeit des Notars zu besseren Ergebnissen führt. Insbesondere schneidet sie die Entstehung weiterer Streitfragen ab, die unausbleiblich sind, wenn man sich der überwiegenden Meinung anschließt. Denn diese führt zu dem weiteren Zweifel, ob das Vollstreckungsgericht, wenn es im Gegensatze zum Notar sich nicht von dem Vorliegen eines Aufhebungsgrundes zu überzeugen vermag, nunmehr selbst zur Erteilung des Zuschlags schreiten muß oder die Akten dem Notar unter Darlegung seiner Meinung zurückzugeben hat, und ob dann dieser an die Auffassung des Gerichts gebunden ist. Die Praxis wird sich daher wahrscheinlich mit der von der Mehrzahl der Kommentare gefundenen Lösung nicht befreunden.

[1]) Wobei sehr wohl zu beachten ist, daß das nämliche gilt, wenn der Gläubiger zweimal die Aufhebung des Termins bewilligt.

[2]) Vgl. von der Pfordten, Kommentar zum ZwVG. S. 574.

[3]) Die Frage wird in den Kommentaren von Wolff, Jäckel, Fischer-Schaefer und von der Pfordten zu § 13 EG. z. ZwVG. im Gegensatze zu Reinhard verneint.

---

## Der Abschluß eines Jagdpachtvertrags nach bayr. Recht.

Von **Jakob Woerber**, Bezirksamtsassessor in Kemnath.

Soweit nach dem bayr. Gesetze vom 30. März 1850, die Ausübung der Jagd betr., der Grundeigentümer nicht nach Art. 2 u. 3 dieses Gesetzes selbst zur Ausübung der Jagd berechtigt ist, wird das Jagdrecht durch die politische Gemeinde innerhalb ihres Bezirkes namens der Grundeigentümer durch Verpachtung ausgeübt. Nur in den drei Fällen des Art. 11 des Jagdgesetzes sind die Gemeinden befugt, nicht aber verpflichtet, die Jagd in Selbstverwaltung durch drei jagdkartenfähige Gemeindeglieder auszuüben.

Es steht zwar nichts im Wege, daß der Grundeigentümer, welcher gemäß Art. 2 u. 3 des Jagdgesetzes selbst zur Ausübung des Jagdrechts befugt ist, dieses Recht verpachtet wie jedes andere Privatrecht, das eine Nutzung abwirft; dieser Pachtvertrag unterscheidet sich jedoch nicht von den übrigen Pachtverträgen des bürgerlichen Rechtes und soll hier nicht weiter behandelt werden. Die Pachtverträge jedoch, welche die Gemeinde namens der Grundeigentümer gemäß Art. 7 des Jagdgesetzes abschließt, zeigen wegen ihres Hineinspielens in das öffentliche Recht bei ihrer Entstehung eine Reihe von Besonderheiten, so daß sich eine Dar-

stellung des Entstehens dieser Jagdpachtverträge rechtfertigt.

Wie jeder Vertrag wird auch der Jagdpachtvertrag abgeschlossen durch Abgabe einer übereinstimmenden auf die Jagdverpachtung gerichteten Willenserklärung der beiden Vertragsteile, nämlich des Jagdpächters und der Gemeinde.

Wenn Art. 7 des Jagdgesetzes vorschreibt, daß die Verpachtung in der Regel auf dem Wege der öffentlichen Versteigerung an den Meistbietenden geschieht, so ist damit den Gemeinden nur durch das Gesetz ein Rat gegeben, wie sie die Jagdverpachtung am zweckmäßigsten vornehmen sollen, um im Interesse der Gemeinde einen möglichst hohen Jagdpachtschilling zu erzielen. Auf die Rechtsgültigkeit des Jagdpachtvertrages hat es keinerlei Einfluß, ob der Jagdpachtvertrag auf dem Wege der Versteigerung oder der freien Verhandlung mit dem Jagdpächter zustande kam; auch kann gegenüber der Gemeinde kein aufsichtlicher Zwang ausgeübt werden, daß sie die Jagdverpachtung in der einen oder der anderen Weise vornehmen solle (VGH. Bd. IV S. 134).

Es stehen sonach den Gemeinden zum Abschluß des Jagdpachtvertrages alle Wege offen, die zum Abschluß eines Vertrages überhaupt offen stehen.

1. Es kann der Jagdpächter im Wege der öffentlichen Versteigerung gefunden werden. Hiebei findet also § 156 des BGB. Anwendung. Es kommt der Vertrag erst durch den Zuschlag zustande. Ein Gebot erlischt, wenn ein Uebergebot abgegeben oder die Versteigerung ohne Erteilung des Zuschlags geschlossen wird. Die Versteigerungsbedingungen können beliebige Abweichungen von § 156 BGB. festsetzen. Nur in zwei Punkten wird das Recht des BGB. durch das bayr. Jagdgesetz geändert, nämlich darin, daß die Versteigerung öffentlich sein muß und daß der Zuschlag immer dem Meistbietenden erteilt werden muß, wenn die Gemeinde sich einmal für die Versteigerung entschieden hat und daß in dieser Beziehung auch durch die Versteigerungsbedingungen keine Abweichung von der Vorschrift des Art. 7 Abs. I des Jagdgesetzes getroffen werden kann; denn nach Art. 69 des EG. z. BGB. bleiben die landesrechtlichen Vorschriften über Jagd durch das BGB. unberührt; es wurde daher an der Bestimmung des Art. 7 Abs. I des Jagdgesetzes, welcher öffentliche Versteigerung an den Meistbietenden vorschreibt, durch das BGB. nichts geändert (VGH. Bd. 25 S. 5 ff.). Ist die Versteigerung nicht öffentlich, oder erteilt die Gemeinde bei einer Versteigerung nicht dem Meistbietenden, sondern einem andern Bietenden den Zuschlag, so kann das staatliche Aufsichtsrecht gemäß Art. 157 Abs. I Ziff. 2 und Art. 157 Abs. III der Gem.O. Platz greifen und es können dadurch die bezüglichen gemeindlichen Beschlüsse außer Wirksamkeit gesetzt werden, weil die Gemeindebehörde eine gesetzliche Vorschrift nicht beachtet hat, durch welche ihr Ermessen innerhalb des Kreises ihrer Befugnisse beschränkt ist.

Nur dann braucht die Gemeinde bei einer Versteigerung der Jagd nicht, also auch nicht dem Meistbietenden den Zuschlag zu erteilen, wenn kein Gebot erfolgt, welches den von der Gemeinde bestimmten Aufwurfspreis erreicht (Art. 11 Ziff. 3 des Jagdgesetzes). Wird aber der Aufwurfspreis überschritten, dann muß der Zuschlag erfolgen und zwar an den Meistbietenden.

2. Der Jagdpachtvertrag kann ferner dadurch zustande kommen, daß die Gemeinde einem Jagdliebhaber oder ein Jagdliebhaber der Gemeinde den Abschluß eines Jagdpachtvertrages anträgt. Diese Form des Abschlusses eines Jagdpachtvertrages bewegt sich vollständig innerhalb der Bestimmungen der §§ 145 ff. BGB.

3. Die Gemeinde kann den Abschluß eines Jagdpachtvertrages auch durch eine Submission einleiten, da ihr diese Form, einen Kontrahenten zum Abschlusse eines Jagdpachtvertrages zu gewinnen, nicht verwehrt ist. Die Vergebung der Jagd im Submissionswege nähert sich zwar der Versteigerung, ist aber eine Form für sich, einen Vertragsgegner zu finden. Da bezüglich der Submission den Gemeinden keinerlei Vorschriften gemacht sind, wie sie dabei verfahren sollen, so haben die Gemeinden vollständige Bewegungsfreiheit, sie können insbesondere im Gegensatz zur Versteigerung eine beschränkte oder öffentliche Submission durchführen und können insbesondere unter den Submittenten ohne Rücksicht auf das gelegte Höchstgebot eine Auswahl treffen.

Was die Person des Jagdpächters betrifft, so muß er alle Voraussetzungen erfüllen, die nach BGB. zum Abschlusse eines Vertrages in persönlicher Hinsicht erforderlich sind; er muß also vor allem geschäftsfähig sein. Außerdem muß der Jagdpächter gemäß Art. 7 Abs. IV des Jagdgesetzes nachweisen, daß ihm von der Distriktspolizeibehörde die Ausstellung einer Jagdkarte nicht verweigert wird. Es kann also niemand eine Jagd pachten, dem von der Polizeibehörde die Erlaubnis zur Ausübung der Jagd durch Verweigerung der Jagdkarte versagt wird. Frauen können wie Männer als Jagdpächter auftreten.

Außer einer Einzelperson kann auch eine Gesellschaft als Jagdpächterin auftreten; gemäß Art. 10 Abs. I des Jagdgesetzes können aber für einen Jagdbezirk nicht mehr als drei Pächter zugelassen werden; würden in einem Jagdpachtvertrag mehr als drei Pächter zugelassen, so wäre der Vertrag nichtig. Für die Verhältnisse mehrerer Jagdpächter untereinander enthält das Jagdgesetz keine Bestimmungen; diese Verhältnisse regeln sich daher vollständig nach den Vorschriften der §§ 705 ff. des BGB.

Juristische Personen und Handelsgesellschaften können nicht Jagdpächter sein, da das bayr. Jagdgesetz die Fähigkeit, eine Jagd zu pachten,

mit der Fähigkeit verknüpft, von der Polizeibehörde eine Jagdkarte zu erhalten; eine Jagdkarte aber kann nur für eine natürliche Person ausgestellt werden.

Auf seiten der Gemeinde erfolgt der Abschluß des Vertrages durch Beschluß des Gemeindeausschusses oder des Stadtmagistrates unter Zustimmung der Gemeindeversammlung oder des Kollegiums der Gemeindebevollmächtigten. Die Verhandlungen bei dem Vertragsschlusse, die Festsetzung des Vertragsinhalts geschehen also durch den Gemeindeausschuß und den Stadtmagistrat; die Gemeindeversammlung und das Kollegium der Gemeindebevollmächtigten können den abgeschlossenen Vertrag nur genehmigen oder ihm die Genehmigung versagen; sie können nicht selbständig den Vertragsinhalt festsetzen oder abweichend vom Beschlusse des Stadtmagistrats oder des Gemeindeausschusses die Jagdpacht einem anderen Bewerber übertragen. Der Jagdpachtvertrag ist erst geschlossen, wenn Gemeindeausschuß und Gemeindeversammlung oder Stadtmagistrat und Kollegium der Gemeindebevollmächtigten über die Person des Jagdpächters und den vollständigen Inhalt des Jagdpachtvertrages vollständig übereinstimmen (Art. 7 Abs. II und III des Jagdgesetzes).

Die Gemeinden unterstehen bei allen ihren Handlungen der Staatsaufsicht; da bezüglich der Verpachtung der Gemeindejagd besondere aufsichtliche Bestimmungen nicht bestehen, da ferner diese Jagdverpachtung zu den eigentlichen Gemeindeangelegenheiten gehört, finden auf die aufsichtliche Würdigung der Jagdpachtverträge nur die Bestimmungen des Art. 157 der Gem.O. Anwendung. Die Jagdpachtverträge bedürfen insbesondere keiner ausdrücklichen Genehmigung der staatlichen Aufsichtsbehörde, sondern sie sind abgeschlossen in dem Augenblick, in dem durch die Erklärung des Jagdpächters und durch die gesetzmäßigen gemeindlichen Beschlüsse Willensübereinstimmung zwischen der Gemeinde und dem Jagdpächter erzielt ist.

Hie und da nehmen die Gemeindeverwaltungen in ihre Jagdpachtbedingungen den Vorbehalt auf, daß der Abschluß des Vertrages von der Genehmigung des Kgl. Bezirksamtes abhängig gemacht werde. Will ein Bezirksamt von diesem Vorbehalt Gebrauch machen, so wäre genau zu prüfen, ob die Gemeinde, wie ja allerdings der Wortlaut besagt, den Abschluß des Vertrages in den Willen eines Dritten legen oder nur ausdrücken will, daß der Vertrag geschlossen sein soll, wenn nicht die Aufsichtsbehörde Anlaß zu einer aufsichtlichen Beanstandung findet.

Was die aufsichtliche Würdigung des Jagdpachtvertrages anlangt, so werden von den Gründen, welche zum aufsichtlichen Einschreiten gegenüber dem abgeschlossenen Vertrage berechtigen, wohl nur die in Art. 157 Abs. I Ziff. 2 u. 4 der Gem.O. aufgeführten in Frage kommen, wonach die Aufsichtsbehörde darüber zu wachen hat,

1) daß die gesetzlichen Vorschriften beobachtet werden, durch welche das Ermessen der Gemeindebehörden innerhalb des Kreises ihrer Befugnisse beschränkt ist;
2) daß die gesetzmäßigen Vorschriften über die Geschäftsführung beobachtet werden.

Eine Gemeinde würde die gesetzlichen Vorschriften nicht beachten, durch welche ihr Ermessen bei der Jagdverpachtung, die ja im Kreise ihrer Befugnisse liegt, beschränkt ist, wenn sie eine nicht öffentliche Versteigerung abhalten würde, wenn sie bei einer Versteigerung nicht dem Meistbietenden den Zuschlag erteilen würde, wenn sie mit einem, der keine Jagdkarte erhält, den Jagdpachtvertrag abschließen würde, wenn sie für einen Jagdbezirk mehr als drei Pächter zulassen würde. In allen diesen Fällen liegen formell richtige gemeindliche Beschlüsse vor, sie haben aber einen gesetzwidrigen Inhalt oder der Jagdpächter ist in gesetzlich verbotener Weise ermittelt worden. Die Beschlüsse sind daher ungültig.

Die gesetzmäßigen Vorschriften über die Geschäftsführung der Gemeinden können bei der Jagdverpachtung bei Erlassung der bezüglichen gemeindlichen Beschlüsse verletzt werden, sei es daß nicht alle Stimmberechtigten geladen waren, sei es daß nicht die gesetzliche Mindestzahl der Stimmberechtigten bei der Beschlußfassung erschienen war, oder daß nach Steuerstimmen anstatt nach Kopfstimmen bei der Beschlußfassung abgestimmt wurde.

Würde bei der Beschlußfassung, sei es des Gemeindeausschusses oder der Gemeindeversammlung (des Stadtmagistrates oder des Kollegiums der Gemeindebevollmächtigten), eine gesetzliche Vorschrift über die Geschäftsführung nicht beachtet, dann hat die Gemeinde ihren Willen nicht in der Form kundgegeben, in der sie ihn nach dem Gesetze allein kundgeben kann; es liegt in diesem Falle zwar äußerlich eine Willenserklärung der Gemeinde vor; diese Willenserklärung ist jedoch mangels der gesetzlichen Form rechtsunwirksam, nichtig. Der Jagdpachtvertrag ist in diesem Falle gar nicht zustande gekommen, weil eine rechtsgültige, auf den Abschluß des Jagdpachtvertrages gerichtete Willenserklärung der Gemeinde noch nicht vorliegt.

Von Aufsichts wegen sind beide Fälle nach der Gemeindeordnung ganz gleich zu behandeln; in beiden Fällen liegen gesetzwidrige Beschlüsse vor, es macht dabei keinen Unterschied, ob die Gesetzwidrigkeit im Inhalte oder in der Art und Weise des Zustandekommens der Beschlüsse liegt. Gesetzwidrige Beschlüsse der Gemeinden sind, wenn nicht die Zurücknahme derselben binnen einer angemessenen Frist erfolgt, durch die Aufsichtsbehörde außer Wirksamkeit zu setzen (Gem.O. Art. 157 Abs. III).

Die Aufsichtsbehörden der Gemeinden sind nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, gesetzwidrige Beschlüsse der Gemeinden zu beanstanden und diese gegebenen Falles außer Wirksamkeit zu setzen.

Welche Folgen ergeben sich aus diesem staatlichen Aufsichtsrecht für den Jagdpächter?

Wie schon oben ausgeführt wurde, ist der Jagdpachtvertrag abgeschlossen, wenn die erforderlichen gemeindlichen Beschlüsse gefaßt sind; der Vertrag unterliegt ja nicht der Genehmigung, sondern nur der aufsichtlichen Würdigung der vorgesetzten Verwaltungsbehörde. Es können daher auch die gemeindlichen Beschlüsse nur außer Wirksamkeit gesetzt werden; solange das aber nicht rechtskräftig geschehen ist, bestehen die gemeindlichen Beschlüsse in Kraft und damit auch der Jagdpachtvertrag. Nur wenn die gemeindlichen Beschlüsse ipso iure nichtig sind, weil sie nicht in der gesetzlich vorgeschriebenen Form zustande kamen, war von Anfang an ein Pachtvertrag nicht vorhanden. Waren dem Pächter die Nichtigkeitsgründe aber nicht bekannt, dann ist er zur Ausübung der Jagd auf Grund des Pachtvertrages befugt, solange sein guter Glaube vorhanden ist.

Werden die gemeindlichen Beschlüsse, durch die ein Jagdpachtvertrag geschlossen wurde, rechtskräftig von Aufsichts wegen außer Wirksamkeit gesetzt, so wird damit in rechtsgültiger Weise die gemeindliche Willenserklärung, die den Jagdpachtvertrag schloß, wieder aufgehoben. Im Hinblick auf § 581 mit § 543 des BGB. liegt dann ein Fall der Aufhebung des Pachtvertrages vor, den der Verpächter nicht zu vertreten braucht. Das bereits gezahlte Pachtgeld ist in diesem Falle nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückzuerstatten.

Würden die gemeindlichen Beschlüsse, welche den Abschluß des Jagdpachtvertrages genehmigen, zu Unrecht von Aufsichts wegen rechtskräftig außer Wirksamkeit gesetzt, so würde dadurch ebenfalls der Jagdpachtvertrag aufgehoben; er wäre zwar von Anfang an gültig gewesen, da aber die gemeindliche Willenserklärung rechtswirksam außer Wirksamkeit gesetzt ist, wird auch der eigentlich gültige Jagdpachtvertrag wieder beseitigt (anderer Meinung: Pollwein, Jagdges. IV. Aufl. S. 45). Pollwein spricht davon, daß der Jagdpachtvertrag polizeilich beanstandet, daß seine Erfüllung durch die Polizeibehörde verhindert werden könne. Die Polizei hat mit dem Jagdpachtvertrag überhaupt nichts zu tun, sondern nur die der Gemeinde vorgesetzte Aufsichtsbehörde in Erledigung der den Gemeinden gegenüber bestehenden Staatsaufsicht.

Ueber das Vorhandensein eines Jagdpachtvertrages entscheiden die bürgerlichen Gerichte; wenn und insoweit gemeindliche Beschlüsse, auf Grund deren ein Jagdpachtvertrag zustande kam, als gesetzwidrig rechtskräftig durch die Aufsichtsbehörde außer Wirksamkeit gesetzt wurden, muß das Gericht diese aufsichtlichen Verfügungen seiner Entscheidung zugrunde legen; denn die Aufsichtsbehörde hat das Recht, gemeindliche Beschlüsse außer Wirksamkeit zu setzen. Ist dies rechtskräftig, wenn auch vielleicht materiell unrichtig, geschehen, dann hat ein solcher Beschluß ebenso Rechtskraft wie ein materiell unrichtiges richterliches Urteil. Prüft der Richter, ob bei einem Jagdpachtvertrag die formgerechte gemeindliche Willensäußerung vorliegt und findet er, daß eine solche zwar vorgelegen hatte, aber rechtskräftig wieder durch die Aufsichtsbehörde außer Wirksamkeit gesetzt wurde, dann muß er ohne weiteres das Nichtvorhandensein einer auf den Abschluß des Jagdpachtvertrages gerichteten gemeindlichen Willenserklärung annehmen. Die Aufsichtsbehörde hat nicht den Jagdpachtvertrag, sondern nur die dazu erforderliche gemeindliche Willenserklärung außer Wirksamkeit gesetzt. Insoweit die Aufsichtsbehörde von ihrem Rechte des aufsichtlichen Einschreitens gegenüber der Gemeinde keinen Gebrauch gemacht hat, ist das Gericht befugt, selbständig zu prüfen, ob ein gemeindlicher Beschluß „gesetzwidrig“ sei und welche Bedeutung diesem Umstande nach Lage der betreffenden Sache zukommt.

---

## Gemeinschaftliche Urkunden über Verfügungen von Todes wegen, gemeinschaftliche Verfügungen von Todes wegen, nichtige oder unwirksame Verfügungen von Todes wegen in gemeinschaftlichen Urkunden.

Von **W. Ch. Francke**, Oberlandesgerichtsrat a. D. in Hannover.

Im Jahre 1881 errichteten X und seine Frau Y, Einwohner einer deutschen Landschaft, in welcher von alters her eheliche Gütergemeinschaft nicht selten ist, ein gemeinschaftliches Testament; sie bestimmten darin, daß der Erstversterbende von dem anderen und von ihrem gemeinschaftlichen einzigen Kinde beerbt werden solle, und weiter: „Stirbt die Tochter vor dem überlebenden Ehegatten, so fällt der gemeinschaftliche Nachlaß zur Hälfte an die Neffen und Nichten des Ehemannes, zur anderen Hälfte an die Nichten der Ehefrau“. Letztere starb 1888, die Tochter alsbald nach ihr, X erst 1904. Dieser ist bis zu seinem Tode im Besitz des gesamten Vermögens geblieben und hat noch zweimal geheiratet, aber neben seiner Witwe Z nur ein einziges mit dieser gemeinschaftliches Kind hinterlassen. Die Z nahm den gesamten Nachlaß für sich und diesen Sohn auf Grund verletzten Pflichtteilsrechtes an sich, indem sie zugleich das Testament von 1881 durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht gemäß § 2081 BGB. anfocht. Auf Grund jenes Testamentes



verlangen jetzt die Nichten der Y, von ihr als ihre Miterben und Nacherben des X anerkannt zu werden. Das Landgericht gab der Klage statt; es nahm an, X würde auch bei Voraussicht der jetzigen Umstände die Verfügung von 1881 getroffen haben, und erachtete demgemäß die Anwendung von § 2079 Satz 1 BGB. hier ausgeschlossen durch § 2079 Satz 2. § 2079 besagt:

„Eine letztwillige Verfügung kann angefochten werden, wenn der Erblasser einen zur Zeit des Erbfalles vorhandenen Pflichtteilsberechtigten übergangen hat, dessen Vorhandensein ihm bei der Errichtung der Verfügung nicht bekannt war oder der erst nach der Errichtung geboren oder pflichtteilsberechtigt geworden ist. Die Anfechtung ist ausgeschlossen, soweit anzunehmen ist, daß der Erblasser auch bei Kenntnis der Sachlage die Verfügung getroffen haben würde."

Das Oberlandesgericht wies dagegen die Klage ab, indem es das ganze Testament von 1881 als durch die erwähnte Anfechtung nichtig geworden ansah; die Entscheidung fußt auf dem angeführten § 2079 und auf § 2270 BGB., welcher lautet:

„Haben die Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testamente Verfügungen getroffen, von denen anzunehmen ist, daß die Verfügung des einen nicht ohne die Verfügung des andern getroffen sein würde, so hat die Nichtigkeit oder der Widerruf der einen Verfügung die Unwirksamkeit der anderen zur Folge."

„Ein solches Verhältnis der Verfügungen zueinander ist im Zweifel anzunehmen, wenn sich die Ehegatten gegenseitig bedenken oder wenn dem einen Ehegatten von dem anderen eine Zuwendung gemacht und für den Fall des Ueberlebens des Bedachten eine Verfügung zugunsten einer Person getroffen wird, die mit dem anderen Ehegatten verwandt ist oder ihm sonst nahe steht."

„Auf andere Verfügungen als Erbeinsetzungen, Vermächtnisse oder Auflagen findet die Vorschrift des Abs. 1 keine Anwendung."

Wenn diese oberlandesgerichtliche Entscheidung nicht etwa noch im Wege der Revision abgeändert wird, so würde zugunsten wie zuungunsten der Nichten der Y, die ja wohl deren nächste gesetzliche Erben sein werden, nichts weiter übrig bleiben, als zu ermitteln, welche Stücke des im Jahre 1888 von den Eheleuten X und Y innegehabten Vermögens der Z gehörten, was aus diesen Stücken oder statt ihrer von X erworben ward, was von alledem auf die Z überkam, was darauf von X oder von der Z ersatzfähig verwandt wurde, u. dgl. mehr. Das ist, wie wohl allerseits zugegeben werden möchte, ein unbefriedigendes und unersprießliches Ergebnis, wie denn anderseits auch wohl nicht zu bestreiten ist, daß die der landgerichtlichen Entscheidung zugrunde liegende Annahme, X würde 1881, wie er getan, auch dann verfügt haben, wenn er an fernere Ehe gedacht hätte, schwerlich viele Gläubige finden wird.

Die beiden Entscheidungen regen deshalb m. E. an, die in der Ueberschrift genannten Rechtseinrichtungen von neuem und zwar vom Standpunkt des BGB. zu betrachten.

I. Gemeinschaftliche Urkunden über Verfügungen von Todes wegen.

Gemeinschaftliche Urkunden über Verfügungen mehrerer von Todes wegen sind wohl zu unterscheiden von gemeinschaftlichen Verfügungen von Todes wegen. Denn zum Erbvertrage genügt es laut §§ 2298, 1941 BGB., wenn der eine der beiden Vertragsteile den anderen oder einen Dritten zum Erben einsetzt oder sonst bedenkt, während anderseits laut § 2299 ein jeder der beiden Vertragsteile in der Erbvertrags-Urkunde auch nicht-vertraglich oder in der Sprache des BGB. „letztwillig" jede Verfügung zu treffen vermag, die durch Testamente getroffen werden kann. Es gibt also für jedermann, nicht bloß etwa für Eheleute, die Möglichkeit gemeinschaftlicher Urkunden für nicht-gemeinschaftliche Verfügungen von Todes wegen, wenngleich der Inhalt von Urkunden dieser Art freilich zumeist in gemeinschaftlichen Verfügungen zu bestehen pflegt. Und auch die nunmehr allerdings nur noch zwischen Ehegatten zuläßigen „gemeinschaftlichen Testamente", welche aber laut § 2267 BGB. nicht wie Erbverträge nur unter Mitwirkung von Richter oder Notar, sondern auch durch bloße eigenhändige Niederschrift errichtet werden können, brauchen, wie z. B. auch von Strohal im „Erbrecht" § 43 erwähnt wird, keineswegs Urkunden mit gemeinschaftlichen Verfügungen zu sein. In keinem der §§ 2265—2273 wird solches gesagt oder nur angedeutet, und die §§ 2270, 2271 und 2273 sprechen ausdrücklich von Verfügungen, welche lediglich solche des einen der beiden Gatten sind. Man denke auch nur z. B. folgendes Testament: „Ich, der Ehemann A, setze meine liebe Frau zu meiner einzigen Erbin ein und berufe als Nacherbin unsere Pflegetochter C, und ich, die Ehefrau A, setze meinen lieben Mann zu meinem einzigen Erben ein und berufe gleichfalls als Nacherbin unsere Pflegetochter C."

Wenn aber hiernach sowohl Erbvertrags-Urkunden wie Testamente gemeinschaftliche Urkunden mit Verfügungen mehrerer sein können und in jenen letztwillige (nicht-vertragliche) Verfügungen, insbesondere Erbes-Einsetzungen, gültig stehen, so möchten wenigstens bei gerichtlicher oder notarieller Form — welche für einen Erbvertrag einzig und allein, für ein Testament immer zuläßig und für beide laut der §§ 2064, 2332 ff., 2274 und 2276 BGB. völlig gleich ist — die Fragen sich auf-

drängen: Wann ist eine Urkunde mit vertraglichen und nicht-vertraglichen Verfügungen eine Erbvertrags-Urkunde, wann ein Testament? und sind vertragliche Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testamente gültig und zwar als vertragliche gültig?

Selbstverständlich kann weder die behördliche Art der Aufbewahrung noch die Bezeichnung durch die Partei bei Uebergabe oder Verlautbarung, Ueberschrift oder Aufschrift darüber entscheiden, ob eine Urkunde Testament oder Erbvertrag ist, mag auch immerhin ein solcher Umstand und insbesondere eine Mehrheit solcher Umstände ein Wegweiser für die Auslegung des Inhalts der Urkunde sein können. Da unter Verfügungen von Todes wegen die Erbeinsetzungen die grundlegenden und meistens auch die erheblichsten sind, so möchte es vor allem darauf ankommen, ob die Erbeinsetzungen sämtlich oder doch zum wesentlichen Teil vertragliche oder nicht-vertragliche (letztwillige) sind. Es kann dies aber keineswegs ausnahmslos entscheiden. Es muß auch wohl in Betracht kommen, was die Parteien als die Hauptsache der Urkunde oder auch nur als die Hauptsache hinsichtlich ihrer Errichtung offensichtlich gedacht haben. Man nehme z. B. die folgende — gerichtliche oder notarielle — Urkunde: „Wir die Eheleute A, ohne Kinder und ohne die Hoffnung, noch Kinder zu erhalten, haben vereinbart und vereinbaren hiemit von neuem, daß unsere Pflegetochter Z beim Ableben des einen wie des anderen von uns von dessen Vermögen 1/4 erhält; hinsichtlich der übrigen drei Viertel seines Vermögens behält sich dagegen ein jedes von uns freie Verfügung bis zu seinem Tode vor und bestimmen wir daher unter Vorbehalt jederzeitigen Widerrufes vorläufig das Folgende: Ich, der Ehemann A usw. usw. und ich, die Ehefrau A: usw. usw." Man nehme dazu auch noch an, daß diese Urkunde, mit der Aufschrift „Erbvertrag" versehen, als Erbvertrag übergeben und in behördliche besondere Verwahrung genommen ward.

Eine Urkunde gleichen Inhalts, in welcher der nichtvertragliche (letztwillige) Teil voran, der vertragliche Teil hintenan steht, wird, insbesondere wenn sie als Testament bezeichnet und aufbewahrt ist, wahrscheinlich als Testament betrachtet werden. Ist dann der vertragliche Teil auch nur als letzter Wille gültig, oder ist er etwa gar ganz ungültig? — Die §§ 2265 - 2273, welche den Abschnitt „Gemeinschaftliches Testament" bilden, erwähnen vertragliche Verfügungen nicht, während im Abschnitt „Erbvertrag" § 2299 ausdrücklich bestimmt: „Jeder der Vertragschließenden kann in dem Erbvertrag einseitig jede Verfügung treffen, die durch Testament getroffen werden kann." Indes würde ein Schluß auf widersprechendes Recht der Testamente doch sehr gewagt sein, und solches etwaige Recht stellt sich nicht nur als im höchsten Grade unzweckmäßig und unbillig dar, sondern stimmt auch nicht mit den bisherigen deutschen Anschauungen. Wenigstens erklärt das für gemeinrechtliche Parteien ergangene Urteil des Reichsgerichts vom 24. Februar 1882 (Entscheidungen Bd. 6 S. 174 f.) ein gemeinschaftliches Testament von Ehegatten für fähig, vertragliche Bestimmungen in sich aufzunehmen, sogar hier auch stillschweigende Bindung der Eheleute für möglich, und während Code civil laut art. 968 gemeinschaftliche Testamente überall nicht zuläßt, steht das Preußische Landrecht in Teil II Tit. 1 Abschnitt 7 Nr. II auf gleichem oder ähnlichem Standpunkt, wie jenes Urteil vom 24. Februar 1882.

Das jedenfalls als sehr vernünftig anzuerkennende Ergebnis würde danach sein, daß es nach heutigem deutschen Rechte nicht nur Testamente und Erbvertrags-Urkunden gibt, sondern auch Urkunden testamentarischen und erbvertraglichen Inhalts und zwar auch Urkunden erbvertraglichen und überwiegend testamentarischen Inhalts. Wenn aber Wortlaut und Anordnung des BGB. nur auf Testamente und Erbverträge hinzuweisen scheinen, so ist zu bedenken, daß es dem BGB. auch bei sonstigen Stücken des Erbrechts nicht so vollkommen wie bei den anderen Gegenständen gelungen ist, Gegensätze zwischen fremdem und einheimischem Recht auszugleichen.

## II. Gemeinschaftliche Verfügungen von Todes wegen.

Verfügungen von Todes wegen können gemeinschaftlich sein nur nach den Worten (in der Form), oder im Inhalt; und zwar pflegen sie letzteren Falls so regelmäßig auch nach den Worten gemeinschaftlich zu sein, daß wir nur im Inhalt gemeinschaftliche Verfügungen nicht weiter zu berücksichtigen brauchen.

Nur nach den Worten gemeinschaftlich sind insbesondere die in der großen Mehrzahl aller gemeinschaftlichen Testamente vorkommenden Bestimmungen solcher Art, wie: „Wir, die Eheleute A, setzen uns gegenseitig zu Erben ein". Denn diese Worte fassen nur in eins die beiden, durch Gegenstand wie Wirkungszeit völlig verschiedenen Verfügungen 1. „Ich, der Ehemann A, setze meine Frau zu meiner Erbin ein" und 2. „Ich, die Ehefrau A, setze meinen Mann zu meinem Erben ein". Soweit diese Bestimmung Verfügung des Mannes ist, erlischt sie daher, sobald die Frau vor dem Manne stirbt, und die erloschene kann nicht nochmals entkräftet und also auch nicht mehr angefochten werden, weder von dem Manne selbst noch auch nach dessen Tode von denen, welche gegen ihn pflichtteilsberechtigt sind; kann aber dies nicht geschehen, so kann auch nicht auf den Grund hin, daß es geschah, gemäß § 2079 BGB. jene Bestimmung nach dem Rechte der sogen. Korrespektivität noch nachträglich fallen. Dies alles scheint in dem eingangs angegebenen Berufungs-Urteil übersehen zu sein.

Auch nur den Worten nach gemeinschaftlich dürfte die am 7. Novbr. 1863 dem damaligen Obergericht Verden zur Beurteilung vorgelegene Verfügung der Eheleute Seegers gewesen sein, dahin lautend: „Wir, die unterzeichneten Eheleute Seegers haben unsere Verfügung hiedurch machen wollen, wie es mit unserem beiderseitigen Vermögen gehalten werden soll, wie folgt: Da wir keine Leibeserben haben und dazu auch keine Hoffnung mehr haben, so vermachen wir uns gegenseitig unser beiderseitiges sämtliches Vermögen zeitlebens zum Nießbrauch des überlebenden Ehegatten. Nach unser beider Ableben soll unser beiderseitiger Nachlaß jeder an unsere rechtmäßigen Erben fallen. Sollte aber der überlebende Eheteil zur zweiten Ehe schreiten, so soll dieser das Vermögen des Verstorbenen sofort an dessen gesetzliche Erben herausgeben." Es wurden, zumal die äußere Form die eines Testamentes nicht, wohl aber die eines Kodizilles erfüllte, m. E. mit Recht damals zwei je den gesetzlichen Erben auferlegte Nießbrauchs-Vermächtnisse angenommen.

Als zwei nur den Worten nach gemeinschaftliche Verfügungen, nämlich als Erbeseinsetzungen je des anderen Gatten nebst erst beim Tode des anderen fälligen Fideikommissen, insbesondere einem solchen für H. St. und J. St., wurde laut Seufferts Archiv Bd. 11 S. 70 ff. am 26. April 1856 vom damaligen Ober-Appellationsgericht Celle der Inhalt der am 12. Novbr. 1838 einem Gericht als „gemeinschaftliches Testament" überreichten Urkunde angesehen, in welcher die kinderlosen Eheleute A. St. und M. St. folgendermaßen verfügt hatten: Die Eheleute setzen sich gegenseitig zu Erben ein und sagen sodann: „der Ueberlebende von uns hat über dasjenige, was er ererbt, die uneingeschränkteste Disposition; jedoch kann er in Ansehung derjenigen Verfügungen nichts ändern, welche wir in einem besonderen, erst nach unser beiderseitigem Ableben zu eröffnenden Kodizille getroffen haben"; dieses Kodizill enthielt wirklich eine Reihe Legate und schließlich die Bestimmung: „Alles dasjenige, was nach Abführung der vorerwähnten Legate bei dem Tode des Letztlebenden noch an Vermögen übrig bleibt, vermachen wir dem H. St. und dem J. St." — Auf Grund dieser Bestimmungen, sofern sie als solche des Ehemannes St. anzusehen waren, hat das Ober-Appellationsgericht die Erbschaftsklage abgewiesen, welche die gesetzlichen Erben der von den beiden Eheleuten zuletzt verstorbenen Ehefrau gegen die im Erbschaftsbesitz befindlichen H. St. und J. St. erhoben hatten.

Ob die Auffassung des Ober-Appellationsgerichtes Celle nicht etwa durch die lex Falcidia und den Satz, daß niemand für erbrechtliche Auflagen über die ihm gewordenen Zuwendungen hinaus haftet, hätte behindert sein und der Auffassung eines Erbvertrages mit sachlich gemeinschaftlichen Verfügungen zugunsten Dritter hätte weichen müssen, mag unerörtert bleiben. Jedenfalls ist in einem, wie es scheinen möchte, gleich liegenden Falle die letztere Auffassung die des Ober-Appellationsgerichtes Kiel gewesen.

Die Gebrüder H. J. und F. J. hatten laut Seufferts Archiv Bd. 11 S. 221 ff. in einer gemeinschaftlich errichteten, als Testament bezeichneten Urkunde sich gegenseitig zu Erben mit freier Disposition und Veräußerung eingesetzt, sodann verordnet, daß nach dem Tode des Längstlebenden der Gesamtnachlaß, der des zuerst Verstorbenen mit einbegriffen, den Kindern ihrer beiden Schwestern zu gleichen Teilen zufallen solle, weiter sich zwar vorbehalten, ihre letzte Willensmeinung zu ändern oder aufzuheben, dabei aber ausdrücklich bestimmt, daß dies nicht anders als mit ihrem beiderseitigen Konsens und ihrer Unterschrift geschehen solle und könne. H. J. trat nach dem Tode des F. J. dessen Erbschaft in Gemäßheit jenes Testamentes oder Erbvertrages an, errichtete aber neue Vermächtnisse zum Gesamtbetrage von 8960 Talern. Mit der Klage auf Auszahlung dieser Vermächtnisse wurden die Bedachten vom Ober-Appellationsgericht abgewiesen.

Zum Teil nur nach den Worten, zum Teil auch nach dem Inhalt gemeinschaftlich erscheinen die Verfügungen in der Urkunde, welche die in kinderloser Ehe lebenden Eheleute Cl. laut Seufferts Archiv Bd. 50 S. 168 ff. am 11. Januar 1872 errichteten; sie setzen sich gegenseitig zu Erben mit völlig freier Verfügung ein, überlassen dem Sohn aus der ersten Ehe des Mannes die Landstelle zu einem Anschlag, bestimmen, daß das beim Tode des Letztversterbenden vorhandene Vermögen zur Hälfte an des Mannes, zur Hälfte an der Frau gesetzliche Erben (nach der Ordnung zu dieser Zeit) falle, behalten sich aber beliebige Aenderungen und Zusätze vor. Abgesehen von diesem Vorbehalt und der Bestimmung über die Landstelle enthält die Urkunde m. E. seitens jeder Partei drei Verfügungen, I. seitens des Mannes: 1. „Ich setze meine Frau zur Erbin ein." 2. „Für den Fall, daß ich meine Frau überlebe, berufe ich meine gesetzlichen Erben zu 1/2 und meiner Frau gesetzliche Erben zu 1/2 als Erben." 3. „Für den Fall, daß meine Frau mich überlebt und beerbt, will ich, daß sie sich zu 1/2 von meinen gesetzlichen Erben beerben läßt." II. Seitens der Frau die drei entsprechenden Verfügungen II 1. 2. und 3. Die Verfügungen zu 3 sind m. E. Vermächtnisse. Ein entsprechendes Vermächtnis für die Verwandten des anderen Ehegatten dürfte sich nicht annehmen lassen, da von einem Interesse für diese auf der anderen Seite nichts erhellt, während der Wille klar vorliegt, das eigene Vermögen oder, was in Liebe und Treue mit dem Gatten weise an dessen Stelle gesetzt ist, den eigenen Verwandten zuzuwenden. Darnach war Frau Cl., welche ihren Mann über-

drängen: Wann ist eine Urkunde mit vertraglichen und nicht-vertraglichen Verfügungen eine Erbvertrags-Urkunde, wann ein Testament? und sind vertragliche Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testamente gültig und zwar als vertragliche gültig?

Selbstverständlich kann weder die behördliche Art der Aufbewahrung noch die Bezeichnung durch die Partei bei Uebergabe oder Verlautbarung, Ueberschrift oder Aufschrift darüber entscheiden, ob eine Urkunde Testament oder Erbvertrag ist, mag auch immerhin ein solcher Umstand und insbesondere eine Mehrheit solcher Umstände ein Wegweiser für die Auslegung des Inhalts der Urkunde sein können. Da unter Verfügungen von Todes wegen die Erbeinsetzungen die grundlegenden und meistens auch die erheblichsten sind, so möchte es vor allem darauf ankommen, ob die Erbeinsetzungen sämtlich oder doch zum wesentlichen Teil vertragliche oder nicht-vertragliche (letztwillige) sind. Es kann dies aber keineswegs ausnahmslos entscheiden. Es muß auch wohl in Betracht kommen, was die Parteien als die Hauptsache der Urkunde oder auch nur als die Hauptsache hinsichtlich ihrer Errichtung offensichtlich gedacht haben. Man nehme z. B. die folgende — gerichtliche oder notarielle — Urkunde: „Wir die Eheleute A, ohne Kinder und ohne die Hoffnung, noch Kinder zu erhalten, haben vereinbart und vereinbaren hiemit von neuem, daß unsere Pflegetochter Z beim Ableben des einen wie des anderen von uns von dessen Vermögen 1/4 erhält; hinsichtlich der übrigen drei Viertel seines Vermögens behält sich dagegen ein jedes von uns freie Verfügung bis zu seinem Tode vor und bestimmen wir daher unter Vorbehalt jederzeitigen Widerrufes vorläufig das Folgende: Ich, der Ehemann A usw. usw. und ich, die Ehefrau A: usw. usw." Man nehme dazu auch noch an, daß diese Urkunde, mit der Aufschrift „Erbvertrag" versehen, als Erbvertrag übergeben und in behördliche besondere Verwahrung genommen ward.

Eine Urkunde gleichen Inhalts, in welcher der nichtvertragliche (letztwillige) Teil voran, der vertragliche Teil hintenan steht, wird, insbesondere wenn sie als Testament bezeichnet und aufbewahrt ist, wahrscheinlich als Testament betrachtet werden. Ist dann der vertragliche Teil auch nur als letzter Wille gültig, oder ist er etwa gar ganz ungültig? — Die §§ 2265—2273, welche den Abschnitt „Gemeinschaftliches Testament" bilden, erwähnen vertragliche Verfügungen nicht, während im Abschnitt „Erbvertrag" § 2299 ausdrücklich bestimmt: „Jeder der Vertragschließenden kann in dem Erbvertrag einseitig jede Verfügung treffen, die durch Testament getroffen werden kann." Indes würde ein Schluß auf widersprechendes Recht der Testamente doch sehr gewagt sein, und solches etwaige Recht stellt sich nicht nur als im höchsten Grade unzweckmäßig und unbillig dar, sondern stimmt auch nicht mit den bisherigen deutschen Anschauungen. Wenigstens erklärt das für gemeinrechtliche Parteien ergangene Urteil des Reichsgerichts vom 24. Februar 1882 (Entscheidungen Bd. 6 S. 174 f.) ein gemeinschaftliches Testament von Ehegatten für fähig, vertragliche Bestimmungen in sich aufzunehmen, sogar hier auch stillschweigende Bindung der Eheleute für möglich, und während Code civil laut art. 968 gemeinschaftliche Testamente überall nicht zuläßt, steht das Preußische Landrecht in Teil II Tit. 1 Abschnitt 7 Nr. II auf gleichem oder ähnlichem Standpunkt, wie jenes Urteil vom 24. Februar 1882.

Das jedenfalls als sehr vernünftig anzuerkennende Ergebnis würde danach sein, daß es nach heutigem deutschen Rechte nicht nur Testamente und Erbvertrags-Urkunden gibt, sondern auch Urkunden testamentarischen und erbvertraglichen Inhalts und zwar auch Urkunden erbvertraglichen und überwiegend testamentarischen Inhalts. Wenn aber Wortlaut und Anordnung des BGB. nur auf Testamente und Erbverträge hinzuweisen scheinen, so ist zu bedenken, daß es dem BGB. auch bei sonstigen Stücken des Erbrechts nicht so vollkommen wie bei den anderen Gegenständen gelungen ist, Gegensätze zwischen fremdem und einheimischem Recht auszugleichen.

## II. Gemeinschaftliche Verfügungen von Todes wegen.

Verfügungen von Todes wegen können gemeinschaftlich sein nur nach den Worten (in der Form), oder im Inhalt; und zwar pflegen sie letzteren Falls so regelmäßig auch nach den Worten gemeinschaftlich zu sein, daß wir nur im Inhalt gemeinschaftliche Verfügungen nicht weiter zu berücksichtigen brauchen.

Nur nach den Worten gemeinschaftlich sind insbesondere die in der großen Mehrzahl aller gemeinschaftlichen Testamente vorkommenden Bestimmungen solcher Art, wie: „Wir, die Eheleute A, setzen uns gegenseitig zu Erben ein". Denn diese Worte fassen nur in eins die beiden, durch Gegenstand wie Wirkungszeit völlig verschiedenen Verfügungen 1. „Ich, der Ehemann A, setze meine Frau zu meiner Erbin ein" und 2. „Ich, die Ehefrau A, setze meinen Mann zu meinem Erben ein". Soweit diese Bestimmung Verfügung des Mannes ist, erlischt sie daher, sobald die Frau vor dem Manne stirbt, und die erloschene kann nicht nochmals entkräftet und also auch nicht mehr angefochten werden, weder von dem Manne selbst noch auch nach dessen Tode von denen, welche gegen ihn pflichtteilsberechtigt sind; kann aber dies nicht geschehen, so kann auch nicht auf den Grund hin, daß es geschah, gemäß § 2079 BGB. jene Bestimmung nach dem Rechte der sogen. Korrespektivität noch nachträglich fallen. Dies alles scheint in dem eingangs angegebenen Berufungs-Urteil übersehen zu sein.

Auch nur den Worten nach gemeinschaftlich dürfte die am 7. Novbr. 1863 dem damaligen Obergericht Verden zur Beurteilung vorgelegene Verfügung der Eheleute Seegers gewesen sein, dahin lautend: „Wir, die unterzeichneten Eheleute Seegers haben unsere Verfügung hiedurch machen wollen, wie es mit unserem beiderseitigen Vermögen gehalten werden soll, wie folgt: Da wir keine Leibeserben haben und dazu auch keine Hoffnung mehr haben, so vermachen wir uns gegenseitig unser beiderseitiges sämtliches Vermögen zeitlebens zum Nießbrauch des überlebenden Ehegatten. Nach unser beider Ableben soll unser beiderseitiger Nachlaß jeder an unsere rechtmäßigen Erben fallen. Sollte aber der überlebende Eheteil zur zweiten Ehe schreiten, so soll dieser das Vermögen des Verstorbenen sofort an dessen gesetzliche Erben herausgeben.“ Es wurden, zumal die äußere Form die eines Testamentes nicht, wohl aber die eines Kodizilles erfüllte, m. E. mit Recht damals zwei je den gesetzlichen Erben auferlegte Nießbrauchs-Vermächtnisse angenommen.

Als zwei nur den Worten nach gemeinschaftliche Verfügungen, nämlich als Erbeseinsetzungen je des anderen Gatten nebst erst beim Tode des anderen fälligen Fideikommissen, insbesondere einem solchen für H. St. und J. St., wurde laut Seufferts Archiv Bd. 11 S. 70ff. am 26. April 1856 vom damaligen Ober-Appellationsgericht Celle der Inhalt der am 12. Novbr. 1838 einem Gericht als „gemeinschaftliches Testament“ überreichten Urkunde angesehen, in welcher die kinderlosen Eheleute A. St. und M. St. folgendermaßen verfügt hatten: Die Eheleute setzen sich gegenseitig zu Erben ein und sagen sodann: „der Ueberlebende von uns hat über dasjenige, was er ererbt, die uneingeschränkteste Disposition; jedoch kann er in Ansehung derjenigen Verfügungen nichts ändern, welche wir in einem besonderen, erst nach unser beiderseitigem Ableben zu eröffnenden Kodizille getroffen haben“; dieses Kodizill enthielt wirklich eine Reihe Legate und schließlich die Bestimmung: „Alles dasjenige, was nach Abführung der vorerwähnten Legate bei dem Tode des Letztlebenden noch an Vermögen übrig bleibt, vermachen wir dem H. St. und dem J. St.“ — Auf Grund dieser Bestimmungen, sofern sie als solche des Ehemannes St. anzusehen waren, hat das Ober-Appellationsgericht die Erbschaftsklage abgewiesen, welche die gesetzlichen Erben der von den beiden Eheleuten zuletzt verstorbenen Ehefrau gegen die im Erbschaftsbesitz befindlichen H. St. und J. St. erhoben hatten.

Ob die Auffassung des Ober-Appellationsgerichtes Celle nicht etwa durch die lex Falcidia und den Satz, daß niemand für erbrechtliche Auflagen über die ihm gewordenen Zuwendungen hinaus haftet, hätte behindert sein und der Auffassung eines Erbvertrages mit sachlich gemeinschaftlichen Verfügungen zugunsten Dritter hätte weichen müssen, mag unerörtert bleiben. Jedenfalls ist in einem, wie es scheinen möchte, gleich liegenden Falle die letztere Auffassung die des Ober-Appellationsgerichtes Kiel gewesen.

Die Gebrüder H. J. und F. J. hatten laut Seufferts Archiv Bd. 11 S. 221 ff. in einer gemeinschaftlich errichteten, als Testament bezeichneten Urkunde sich gegenseitig zu Erben mit freier Disposition und Veräußerung eingesetzt, sodann verordnet, daß nach dem Tode des Längstlebenden der Gesamtnachlaß, der des zuerst Verstorbenen mit einbegriffen, den Kindern ihrer beiden Schwestern zu gleichen Teilen zufallen solle, weiter sich zwar vorbehalten, ihre letzte Willensmeinung zu ändern oder aufzuheben, dabei aber ausdrücklich bestimmt, daß dies nicht anders als mit ihrem beiderseitigen Konsens und ihrer Unterschrift geschehen solle und könne. H. J. trat nach dem Tode des F. J. dessen Erbschaft in Gemäßheit jenes Testamentes oder Erbvertrages an, errichtete aber neue Vermächtnisse zum Gesamtbetrage von 8960 Talern. Mit der Klage auf Auszahlung dieser Vermächtnisse wurden die Bedachten vom Ober-Appellationsgericht abgewiesen.

Zum Teil nur nach den Worten, zum Teil auch nach dem Inhalt gemeinschaftlich erscheinen die Verfügungen in der Urkunde, welche die in kinderloser Ehe lebenden Eheleute Cl. laut Seufferts Archiv Bd. 50 S. 168 ff. am 11. Januar 1872 errichteten; sie setzen sich gegenseitig zu Erben mit völlig freier Verfügung ein, überlassen dem Sohn aus der ersten Ehe des Mannes die Landstelle zu einem Anschlag, bestimmen, daß das beim Tode des Letztversterbenden vorhandene Vermögen zur Hälfte an des Mannes, zur Hälfte an der Frau gesetzliche Erben (nach der Ordnung zu dieser Zeit) falle, behalten sich aber beliebige Aenderungen und Zusätze vor. Abgesehen von diesem Vorbehalt und der Bestimmung über die Landstelle enthält die Urkunde m. E. seitens jeder Partei drei Verfügungen, I. seitens des Mannes: 1. „Ich setze meine Frau zur Erbin ein.“ 2. „Für den Fall, daß ich meine Frau überlebe, berufe ich meine gesetzlichen Erben zu 1/2 und meiner Frau gesetzliche Erben zu 1/2 als Erben.“ 3. „Für den Fall, daß meine Frau mich überlebt und beerbt, will ich, daß sie sich zu 1/2 von meinen gesetzlichen Erben beerben läßt.“ II. Seitens der Frau die drei entsprechenden Verfügungen II 1. 2. und 3. Die Verfügungen zu 3 sind m. E. Vermächtnisse. Ein entsprechendes Vermächtnis für die Verwandten des anderen Ehegatten dürfte sich nicht annehmen lassen, da von einem Interesse für diese auf der anderen Seite nichts erhellt, während der Wille klar vorliegt, das eigene Vermögen oder, was in Liebe und Treue mit dem Gatten weise an dessen Stelle gesetzt ist, den eigenen Verwandten zuzuwenden. Darnach war Frau Cl., welche ihren Mann über-

lebt und beerbt hatte, allerdings gebunden, den gesetzlichen Erben ihres Mannes die Hälfte ihres Nachlasses zu lassen, aber wie auch vom Landgericht und Oberlandesgericht angenommen ist, wohl befugt, den für den eingetretenen Fall allein von ihr bedachten eigenen gesetzlichen Erben ein Vermächtnis von 2000 Mk. für ihren Dienstknecht aufzuerlegen.

Im vorstehenden Fall ist vom Schreiber dieser Zeilen ebenso wie vom erkennenden Gericht, dessen Begründung auch im übrigen vorstehenden Annahmen wenigstens ähnelt, als übereinstimmender Wille der Verfügenden angenommen worden, daß ihr beider Vermögen in der Hand des Ueberlebenden eine dessen freier Verfügung unter Lebenden unterliegende Einheit und demgemäß bei dessen Tode ganz dessen Erbschaft bilden solle. Es ist dies die Auffassung derartiger Verfügungen von Todes wegen, wie sie jetzt kraft § 2269 und § 2280 BGB. als gesetzliche Vermutung gilt. „Haben die Ehegatten", sagt § 2269, „in einem gemeinschaftlichen Testamente, durch das sie sich gegenseitig als Erben einsetzen, bestimmt, daß nach dem Tode des Ueberlebenden der beiderseitige Nachlaß an einen Dritten fallen soll, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Dritte für den gesamten Nachlaß als Erbe des zuletzt versterbenden Ehegatten eingesetzt ist", und weiter: „Haben die Ehegatten in einem solchen Testamente ein Vermächtnis angeordnet, das nach dem Tode des Ueberlebenden erfüllt werden soll, so ist im Zweifel anzunehmen, daß das Vermächtnis dem Bedachten erst mit dem Tode des Ueberlebenden anfallen soll". — Den § 2280 aber heißt § 2269 auf Erbverträge entsprechend anwenden.

Nur diese Auffassung wird dem Willen entsprechen, aus welchem Verfügungen beregter Art hervorzugehen pflegen. Jeder Gatte will, daß sein und des anderen von ihnen gemeinschaftlich verwaltetes und benutztes Vermögen nach seinem Tode dem anderen in gleicher Weise diene, daß dieser ohne jemandes Einspruch frei über alle Stücke verfüge, auch in Notfällen veräußere, und er will ferner, daß alle, welchen er, alleinstehend, bei seinem Tode etwas zuzuwenden wünschte, etwas dermaleinst erhalten, aber nicht, so lange noch sein Gatte des Gutes sich bedienen und erfreuen kann, und nur, soweit dieser nicht etwa des Gutes zu seiner Notdurft oder Bequemlichkeit bedurfte. Solchen Willen verwirklicht aber nicht ohne weiteres die Anwendung des § 2269, wie es nach dem „Recht" 1901 S. 258 durch Rechtsanwalt Dr. Friedrichs und nach dem „Recht" 1903 S. 521 durch Justizrat Goldmann angenommen zu werden scheint. Denn ohne die Deckung besonderer Rechtsform verletzt solcher Wille den Satz, daß der Erbe nur vom Erblasser, nicht von einem Dritten berufen werden kann, und § 2269 sagt nicht etwa, daß solcher Wille hier ausnahmsweise trotzdem rechtswirksam sein, sondern nur, daß er hier als vorhanden gelten solle. Als deckende Rechtsform genügt aber auch die Nacherbschaft des BGB. nicht, selbst nicht dessen Nacherbschaft auf nur das, was übrig bleibt. Denn die in den §§ 2120 bis 2122 und 2124—2126 enthaltenen Vorschriften über die Unterhaltung von Gegenständen einer Nacherbschaft, über des Nacherben Anspruch auf Verzeichnisse und über die Notwendigkeit von Einwilligungen und deren besonderer Form widersprechen bei ihrer aus § 2137 ersichtlichen Unabänderlichkeit ganz offenbar dem mehrberegten Willen von Ehegatten. Die zur Verwirklichung dieses Willens aber allein nötige Gebundenheit des überlebenden Gatten an das, was zugunsten Verwandter des anderen oder sonst ihm nahestehender Personen verfügt ist, wird durch das oben angenommene Vermächtnis bewirkt, für welches der Anspruch, als Miterbe oder einem Miterben gleich zu einem Nachlaß zugelassen zu werden, bei der allgemeinen Fassung des § 1939 BGB. sicher ein zulässiger Gegenstand ist.

Wer aber sein Testament auf § 2259 BGB. baut, stellt es keineswegs, wie Friedrichs a. a. O. meint, Angriffen etwaiger Pflichtteilsberechtigter mehr bloß, als wer letztere zu bloßen Nacherben berief; denn auch er schloß diese von der Erbfolge aus (cf. § 2303 und § 2306) und verletzte dadurch ihr Pflichtteilsrecht. (Schluß folgt.)

---

## Mitteilungen aus der Praxis.

**Kann durch einen Strafbefehl die Strafe des Verweises festgesetzt werden?** Nach § 57 Abs. 1 Ziff. 4 StGB. kann gegen einen Jugendlichen wegen eines Vergehens oder einer Uebertretung in besonders leichten Fällen auf Verweis erkannt werden. Die eingangs gestellte Frage wird zunächst eine verschiedene Antwort finden, je nachdem man die grundsätzliche Zulässigkeit des Strafbefehlverfahrens gegen jugendliche Personen bejaht oder verneint. Die bayerische Praxis trägt wohl nirgends Bedenken, im Anschluß an § 15 der Geschäftsanweisung vom 20. August 1879 in geeigneten Fällen Strafbefehle auch gegen Jugendliche zu erlassen. Auf den gleichen Standpunkt hat sich das preußische Justizministerium in der allgemeinen Verfügung vom 28. November 1895 (JMBl. S. 414) gestellt. Mit der grundsätzlichen Zulassung des Strafbefehlverfahrens ist aber noch nicht die Frage entschieden, ob in dem Strafbefehl auch die Strafe des Verweises festgesetzt werden kann. Der Bejahung scheint der Wortlaut des § 447 Abs. 2 StPO. entgegenzustehen. Darnach kann durch einen Strafbefehl **keine andere Strafe** als Geldstrafe von **höchstens** 150 Mk. oder Freiheitsstrafe von höchstens 6 Wochen sowie Einziehung festgesetzt werden. In der Tat hat das preußische Justizministerium sich gegen die Zulässigkeit des Verweises ausgesprochen. Wenigstens weist eine (bei Krobitzsch, Verfügung in Strafſ., 2. Aufl. S. 168 abgedruckte) allgemeine Verfügung vom 20. Dezember 1895 die Amtsanwälte mit Bezug auf diese gesetzliche Vorschrift an, auf Verweis lautende Strafbefehlanträge nicht zu stellen. Diese Auffassung wird

sich aber meines Erachtens bei einer eingehenderen Erwägung nicht aufrechterhalten lassen. Der § 447 Abs. 2 hat eine vorwiegend negative Bedeutung; er will in stilistisch nicht einwandfreier Form das Strafbefehlverfahren auch in den in Abs. 1 bezeichneten Sachen als unzulässig erklären, wenn der Richter eine Geldstrafe von mehr als 150 Mk. oder eine Freiheitsstrafe von mehr als sechs Wochen aussprechen will (vgl. Stenglein, StPO. 3. Aufl. Anm. 1 zu § 447). Er will also das Strafbefehlverfahren wegen seiner summarischen Gestaltung in schwereren Fällen ausschließen, indem er eine oberste Grenze für das Maß der festzusetzenden Strafen zieht. Er hindert aber nicht, daß der Richter ausnahmsweise vom ordentlichen Strafrahmen abgehend in besonders leichten Fällen gegen einen Jugendlichen auf einen Verweis erkennt, also auf eine Strafart, die noch milder ist als die Geldstrafe. Damit kommt der Richter nur dem Willen des Gesetzes entgegen, wornach das Strafbefehlverfahren gerade für die leichteren Delikte bestimmt ist, bei welchen ohne Gefahr für die Interessen des Beschuldigten zunächst vom ordentlichen Verfahren abgesehen werden kann. Für den Ausschluß des Verweises dürfte also kein zwingender Grund sprechen. Dazu kommen Zweckmäßigkeitserwägungen, welche — wenigstens vom Standpunkte des Praktikers — bei der Lösung zweifelhafter Rechtsfragen mit Recht eine gewisse Rolle spielen: Wenn der Richter Bedenken hat, im Strafbefehl einen Verweis auszusprechen, so muß er in besonders leichten Fällen entweder eine Geld- oder Freiheitsstrafe festsetzen, die der Beschuldigte nach seiner Ueberzeugung eigentlich nicht verdient, oder er muß die Sache zur Hauptverhandlung bringen. Das erstere Verfahren wäre eine nicht zu rechtfertigende Härte, das letztere eine nur zur Mehrbelastung der Gerichte dienende Umständlichkeit. Denn zur Aufklärung der Sache ist die Hauptverhandlung nicht notwendig, wenn der Fall an sich keine Schwierigkeiten bietet und die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht des jugendlichen Beschuldigten auch ohne sein Verhör festgestellt werden kann.

Amtsrichter Bleyer in München.

**Zu § 168 StPO. (Einstellung des Strafverfahrens durch die Staatsanwaltschaft.)** Gibt die Staatsanwaltschaft einem bei ihr angebrachten Antrage auf Erhebung der öffentlichen Klage keine Folge oder verfügt sie nach dem Abschluß der Ermittelungen die Einstellung des Verfahrens, so hat sie den Antragsteller unter Angabe der Gründe zu bescheiden. (§ 169 StPO.) Von der Einstellung des Verfahrens hat die Staatsanwaltschaft nach § 168 StPO. den Beschuldigten in Kenntnis zu setzen, und zwar ohne Angabe der Gründe, wenn er als solcher vom Richter vernommen oder ein Haftbefehl gegen ihn erlassen war. Daß der Beschuldigte nur dann, wenn eine der beiden Voraussetzungen gegeben ist, von der Einstellung des Verfahrens Mitteilung erhält, erachte ich nicht für gerechtfertigt. Jeder Beschuldigte müßte in gleicher Weise, wie derjenige, der Strafanzeige erstattet hat, von dem Ausgang des gegen ihn eingeleiteten Verfahrens benachrichtigt werden und zwar unter kurzer Angabe der Gründe. Denn auch der Beschuldigte hat ein wichtiges Interesse, zu erfahren, was aus der Anzeige gegen ihn geworden ist, insbesondere dann, wenn er seinerseits den Anzeiger etwa wegen Beleidigung oder falscher Anschuldigung belangen will. Da in einer verhältnismäßig großen Zahl von Strafsachen, namentlich in fast allen Schöffengerichtssachen, weder eine richterliche Vernehmung stattfindet, noch ein Haftbefehl gegen den Beschuldigten erlassen wird, bleiben alle die Beschuldigten, auf die eine der Voraussetzungen nicht zutrifft, über das Schicksal der gegen sie erstatteten Anzeige im Ungewissen, selbst wenn sie von der Gendarmerie oder einer sonstigen nichtrichterlichen Behörde (Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft) zur Sache mehrmals verhört worden sind. Im Verhältnis zu § 168 StPO. enthält § 202 dieses Gesetzes eine Inkonsequenz, insofern nach der letzteren Bestimmung jeder Beschluß, zufolge dessen das Gericht nach erhobener Anklage das Hauptverfahren nicht eröffnet, dem Angeschuldigten bekannt zu machen ist, auch wenn er über die Anschuldigung noch nicht gehört sein sollte oder — wie in den Schöffengerichtssachen — nach § 199 Abs. 4 StPO. von der Anklageschrift keine Kenntnis erhalten hat. Meines Erachtens wäre deshalb zwecks Herstellung der Uebereinstimmung mit § 202 StPO. bei der Strafprozeßreform der Wegfall des Bedingungssatzes in § 168, „wenn er als solcher vom Richter vernommen oder ein Haftbefehl gegen ihn erlassen war" und die Hinzufügung der Worte „unter Angabe der Gründe" geboten.

Amtsrichter Dosenheimer in Waldmohr.

**Firmenrecht und Zwangsvollstreckung.** Die Schreinersehefrau Maria Schildt[1]) erhob Widerspruchsklage wegen zweier gegen ihren Ehemann, den Schreinermeister Fritz Schildt, im Sommer 1903 betätigter Pfändungen von Mobiliar und Werkzeug, weil ihr daran durch Kauf und Uebergabe Eigentum zustehe. Der Beklagte bestritt dieses Eigentum nicht, machte aber geltend, die Widerspruchsklägerin sei in Wahrheit selbst Vollstreckungsschuldnerin, da die Pfändung sich formell gegen die Firma „Fritz Schildt" richte und diese laut Gewerbeanmeldung von der Klägerin geführt werde; im Handelsregister sei sie nicht eingetragen. Da die Ehefrau sich überall als Firmeninhaberin geriert, alle Bestellungen unter der Firma gemacht und Korrespondenzen und Fakturen unter dieser angenommen habe, müsse sie die Zwangsvollstreckung gegen sich gelten lassen. Die Klägerin wendete ein, die zur Vollstreckung kommende Forderung wie der Klagewechsel stamme noch aus einer Bestellung des Ehemanns Fritz Schildt; erst später habe sie das Geschäft von ihrem Manne an Zahlungsstatt für ihre Darlehen übernommen, bei der Gewerbebehörde angemeldet und betreibe es seitdem auf eigenen Namen und eigene Rechnung; eine Firma habe sie nirgends angemeldet. Der Klage wurde auf Grund der beigeschafften einschlägigen Prozeß- und Vollstreckungsakten ohne weitere Beweisaufnahme stattgegeben.

Aus den Gründen: „Sachlich erscheint die Klage der Ehefrau Schildt begründet, da hier lediglich die Aktivlegitimation bestritten, diese aber zu bejahen ist. Die Pfändungsprotokolle vom 18. August und 17. September 1903 können unmöglich anders verstanden werden, als daß der Gerichtsvollzieher gegen den Ehemann Schildt als vermeintlichen Inhaber der verurteilten angeblichen Firma Fritz Schildt Voll-

[1]) Der Name ist so fingiert, daß die Urteilsausführungen dadurch nicht in der Verständlichkeit beeinträchtigt werden.

streckung vornehmen wollte und vorgenommen hat. Im Protokoll vom 17. September 1903 heißt es insbesondere, daß der Vollstreckungstitel „dem Schuldner" am 18. August 1903 bereits zugestellt sei, sowie daß der Gerichtsvollzieher „den Schuldner selbst, nämlich den Herrn Fritz Schildt" im Geschäftslokale angetroffen und „ihn" unter Darbietung des Klagewechsels zur Zahlung aufgefordert habe. Im Verlaufe des Protokolls findet sich dann erwähnt, daß einzelne Gegenstände auch bereits gegen „die Ehefrau des Schuldners" vorgepfändet seien und daß von Pfändung einer Damenuhr gegen „den Schuldner" Abstand genommen worden sei. Der schuldnerische Teil sei von der Pfändung mündlich an Ort und Stelle in Kenntnis gesetzt worden. Das Protokoll sei „vom Schuldner" genehmigt und mitunterschrieben worden: „Fritz Schildt". Im übrigen kommt von der Ehefrau in diesem Protokoll überhaupt nichts vor. Ganz ähnlich ist das Protokoll vom 18. August 1903 formuliert. Dort heißt es aber ausdrücklich, daß „der Schuldner" mit seinem Einwande, das Schreinereigeschäft gehöre seiner Frau, auf den Weg der Widerspruchsklage verwiesen worden sei, da er allein den Gewahrsam ausübe und die Aufschrift an der Türe „Inhaberin Maria Schildt" erst in den letzten Tagen angebracht worden zu sein scheine; eine Tafel am Geschäftslokal habe die Aufschrift „Bau- und Möbelschreinerei von Fritz Schildt". Auch das ganze Prozeßverfahren ist formell offenbar gegen niemand anderen als den Ehemann Schildt durchgeführt worden. Den Vollstreckungstitel für die Pfändung vom 18. August 1903 wie vom 17. September 1903 bildete das amtsgerichtliche Versäumnisurteil vom 5. August 1903, das als beklagte Partei konform der Klage „die Firma Fritz Schildt hier" ohne weiteren Beisatz nennt. Dieses Urteil ist am 18. August 1903 „dem Herrn Fritz Schildt als Alleininhaber der früheren Firma Fritz Schildt persönlich in seinem Geschäftslokale" zugestellt worden und mangels Einspruchs des Fritz Schildt gegen letzteren rechtskräftig. Auch aus dieser Zustellung ergibt sich im Hinblick auf § 750 CPO., daß der Gerichtsvollzieher den Ehemann Schildt als Firmeninhaber behandelte. Die Klagezustellung war am 5. Juli 1903 „wegen Nichtantreffens des Vorstehers der Firma Fritz Schildt und mangels besonderen Geschäftslokals an dessen Ehefrau Maria Schildt in der Wohnung" erfolgt. Die neuerliche, durch Zirkumduktion veranlaßte Ladung vom 16. Juli zum Termine vom 22. Juli 1903 wurde ursprünglich in gleicher Weise beurkundet, dies aber nachträglich „kassiert" und auf einem beigehefteten Duplikate die Zustellung an die „Firmeninhaberin Frau Maria Schildt in der Wohnung" konstatiert, ohne daß dies dem Klagsvertreter oder dem erkennenden Amtsrichter Bedenken gemacht zu haben scheint; denn im Termine vom 5. August 1903 erging Versäumnisurteil, als ob die Ladungen unter sich in Ordnung gewesen wären. Der Kostenfestsetzungsbeschluß ist trotzdem von Amts wegen wiederum der „Vorsteherin, Vertreterin der Firma, nämlich der Frau Maria Schildt in Person in der Wohnung" zugestellt worden (11. Sept. 1903), während er ausweislich der Vollstreckungsakten am 22. September 1903 gegen „Fritz Schildt als Alleininhaber der Firma" vollstreckt wurde. Auf dem Originalwechsel steht als Aussteller- und Remittentenunterschrift lediglich „Fritz Schildt" ohne jeden Beisatz. Ueber die Entstehung (Bestellung, Faktura) der zugrunde liegenden Warenschuld sind beklagterseits nähere Angaben nicht gemacht worden. Angesichts einer derartigen Aktenlage hält sich die Klägerin mit vollem Recht lediglich an den Wortlaut des Protokolls über die angegriffenen Pfändungen und nach diesem ist sie im Sinne der CPO. nicht Schuldnerin, sondern Dritte. Ob sie etwa materiell für die Vollstreckungsschuld haftet, ist gleichgültig (RGE. III 189, XXX 388) und daher hier nicht weiter nachzuprüfen, ob die streitige Bestellung ersichtlich von der Ehefrau Schildt gemacht worden ist. Ebensowenig bedarf es hier einer Erörterung, ob nicht der Ehefrau Schildt und ihrem Geschäftsführer der Gebrauch des Handelsnamens „Fritz Schildt" als nach § 4 HGB. für ihren Handwerksbetrieb unzulässig im Wege der Ordnungsstrafe nach § 37 HGB. zu untersagen wäre, und ob nicht andererseits der jetzige Beklagte sich rechtzeitig genügende Information über die Inhaberschaft der fraglichen Schreinerei hätte erholen sollen und können. Da der übrige Klagsinhalt und insbesondere das Eigentum der Ehefrau Schildt gar nicht bestritten, auch eine sonstige Einrede nicht erhoben ist, die Nachprüfung der formalen Rechtmäßigkeit der Pfändung (vgl. insbesondere § 809 CPO.) aber dem Verfahren nach § 771 CPO. fremd ist (vgl. RGE. L 366), so erscheint die Klage begründet und zwar sowohl hinsichtlich des Ausspruchs über Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung als hinsichtlich der Eigentumsfeststellung, in welche die sog. Anerkennung der besseren Rechte redaktionell zu ändern ist, weil es sich hierbei lediglich um einen negatorischen Ausspruch nach §§ 256, 39 CPO. handeln kann.[1]) Da die mit diesgerichtlichem Einstellungsbeschlusse der Ehefrau Schildt aufgegebene Sicherheit bar erlegt ist, steht kein Hindernis entgegen, nunmehr die Vollstreckungsmaßregeln gegen Forthaftungserklärung aufheben zu lassen (§ 770 CPO.); jedenfalls bleibt die Einstellung gegen die frühere Kaution einstweilen aufrecht." Urt. des LG. München I vom 20. Mai 1904 (A 3379/03); bestätigt durch Urt. des OLG. München vom 7. Januar 1905.

N.

---

**Zu § 1433 BGB.** Der Landwirt Christian B. und dessen Verlobte haben in einem am 7. November 1899 errichteten notariellen Ehe- und Erbvertrage vereinbart, „daß ihre ehelichen Vermögensverhältnisse im allgemeinen nach dem Würzburger Landrechte[2]) zu beurteilen seien und daß, wenn eines von ihnen ohne Hinterlassung von Kindern in vorhablicher Ehe versterbe, der überlebende Ehegatte dessen ausschließlicher Erbe werden solle". Die Ehe wurde am 5. Januar 1900 geschlossen. Im Grundbuchanlegungsverfahren war der Ehemann als alleiniger Eigentümer der von ihm erworbenen Grundstücke einzutragen, da die Ehegatten mangels eines gültigen Ehevertrags im gesetzlichen Güterstande der Verwaltung und Nutznießung leben. Nach § 1433 BGB. ist die Regelung der Güterrechtsverhältnisse durch allgemeine Verweisung auf ein nicht mehr geltendes Recht untersagt. Dieses

[1]) Unzulässig erschien die Feststellung nicht, weil der Gläubiger die außergerichtliche Bestreitung des klägerischen Eigentums erst im Prozesse fallen ließ; dagegen war die Zuständigkeit hiefür zweifelhaft, weil der Gläubiger seinen allgemeinen Gerichtsstand auswärts hatte.

[2]) Nach Würzburger Landrecht besteht für die sogenannten kindervererbten Ehen, d. i. wenn und solange Kinder aus der Ehe vorhanden sind, allgemeine Gütergemeinschaft, sonst Errungenschaftsgemeinschaft.

Verbot trifft unter gewissen Voraussetzungen auch einen vor dem Inkrafttreten des BGB. errichteten Ehevertrag —, wenn nämlich die Vertragsteile Brautleute waren und die Ehe erst nach dem 1. Januar 1900 geschlossen haben; denn ein solcher Vertrag wird erst mit der Eingehung der Ehe wirksam. Sonach mußte obiger Vertrag, soweit er güterrechtliche Bestimmungen enthält, in dem Momente, wo er zur Wirksamkeit hätte gelangen können, der Nichtigkeit verfallen (§ 134 BGB.). Der Gesetzgeber wollte eine nach dem 1. Januar 1900 geschlossene Ehe unter allen Umständen dem neuen Rechte unterwerfen und die alten Vorschriften nur für die vor diesem Zeitpunkte begründeten Güterstände bestehen lassen, falls nicht die Landesgesetzgebung — wie in Bayern — deren Ueberleitung in das neue Recht vorzieht (Art. 200, 218 EG. z. BGB.). Ueber die Frage, ob die in dem Vertrage weiter enthaltene erbrechtliche Verfügung gültig ist, sei folgendes bemerkt. Wer die Anschauung vertritt, der Vertrag enthalte zwei Rechtsgeschäfte, ein güterrechtliches und ein erbrechtliches, kann die Gültigkeit des letzteren überhaupt nicht anzweifeln. Wer aber — was richtiger sein dürfte — wegen des engen Zusammenhangs güterrechtlicher und erbrechtlicher Bestimmungen ein einziges Rechtsgeschäft annimmt, muß prüfen, ob die Nichtigkeit des einen Teils die Nichtigkeit des anderen Teils nach sich zieht. Die Absicht der Vertragschließenden war, bei kinderloser Ehe die Erbansprüche der Verwandten des vorversterbenden Eheteils zu beseitigen, damit das beiderseitige Vermögen in der Hand des Ueberlebenden vereinigt werde. Bei dieser Absicht mußte man die gegenseitige Erbeinsetzung in den Vertrag aufnehmen; denn nach Würzburger Landrecht fällt bei kinderloser Ehe den Verwandten des vorverstorbenen Eheteils dessen eingebrachtes Gut und dessen Anteil an der Errungenschaft zu. Allein hieraus kann nicht gefolgert werden, die erbrechtliche Verfügung bedeute nichts weiter als eine Modifikation des für die Ehe eingeführten Würzburger Landrechts und müsse mit dessen Anwendbarkeit stehen und fallen. Die Vertragschließenden hätten doch sicher nicht gewollt, daß die Verwandten auf Grund eines anderen Rechtes, beispielsweise nunmehr auf Grund der §§ 1931, 1925 BGB. Erbansprüche sollten erheben können. Zu einer derartigen Beschränkung der Erbeinsetzung fehlte jeder Grund. Daher ist anzunehmen, daß die Erbeinsetzung auch ohne die güterrechtliche Vertragsbestimmung vorgenommen worden wäre. Ihre Gültigkeit ist sonach nicht zu bestreiten (§ 139 BGB.).

Grundbuchanl.-Komm. Schmitt in Marktbreit.

# Aus der Praxis der Gerichte.

## Reichsgericht.

### A. Zivilsachen.

I.

**Schutz von Warenzeichen. §§ 157, 242 BGB.** Für Klägerin ist ein Warenzeichen für Wollgarne geschützt, das einen Herkules darstellt, der einen Strang Wolle zu zerreißen bemüht ist. Beklagte hatte das Zeichen nachgebildet. In einem Uebereinkommen mit der Klägerin vom Dezember 1900 hatte sie versprochen, dieses Zeichen (Figur 1) nicht mehr zu gebrauchen. Gleichwohl brachte sie später ein anderes Zeichen (Figur 2), das dem früheren ganz ähnlich war. Die Klage auf Unterlassung der Benützung der Figur 2 wurde in 1. und 2. Instanz abgewiesen. Das Reichsgericht gab dem Klagantrage statt.

Aus den Gründen: Das Berufungsgericht verletzt die §§ 157, 242 BGB., wenn es annimmt, daß Figur 2 mit Figur 1 nicht wesentlich übereinstimme. Die Unterschiede betreffen nur unwesentliche für den Gesamteindruck unerhebliche Merkmale. Die Größe der Ausführung, der auffällig starke Muskelbau der Figuren und ihre Tätigkeit sind völlig gleich. Verändert ist nur Stellung und Barttracht; auch ist Figur 2 im Gegensatz zu 1 mit einer Badehose bekleidet. Das Berufungsgericht legt Gewicht darauf, daß Klägerin bei dem Uebereinkommen vom Dezember 1900 nicht auf der Löschung des für die Beklagte unter Nr. — geschützten Zeichens bestanden habe, das gleichfalls eine mit Badehose bekleidete Figur darstellt. Allein hiezu bestand für die Klägerin, die auf loyale Vertragserfüllung rechnete, kein Anlaß. Das Fortbestehen jenes Zeichens begründete für die Beklagte kein Recht, sich ihrer vertragsmäßigen Verpflichtung zu entziehen (Urt. d. I. C.-S. vom 1. Februar 1905). — — — n.

II.

**Zu §§ 18, 1348 BGB.** R. B. heiratete im Jahre 1895 die H. H. Diese gebar am 13. Juni 1901 eine Tochter. Vom Amtsgericht A. wurde R. B. am 1. Mai 1903 für tot erklärt. Als Todestag wurde der 30. November 1897 angenommen. H. B. heiratete am 25. September 1903 den A. B. Dieser beantragte am 8. Mai 1904 bei der Anzeige über die Geburt der Tochter seiner Frau im Geburtsregister am Rand einzutragen, daß R. B. für tot erklärt sei, daß A. B. das in der Eintragung bezeichnete Kind als das seinige anerkannt und dessen Mutter geheiratet habe. Der Standesbeamte lehnte die Eintragung ab, weil das Kind als eheliches Kind des R. B. gelte. Auf Antrag des B. wurde der Standesbeamte vom Amtsgericht angewiesen, die Eintragung vorzunehmen. Die Beschwerde der Aufsichtsbehörde blieb erfolglos. Das Oberlandesgericht legte auf weitere Beschwerde, weil es eine vom Beschlusse des Kammergerichts vom 2. August 1902 (Rechtspr. d. OLG. IV S. 154) abweichende Auffassung vertreten wollte, die Akten dem Reichsgerichte vor. Dieses wies die weitere Beschwerde zurück.

Aus den Gründen: Das formelle Beschwerderecht der Aufsichtsbehörde ist auch in den Fällen anzuerkennen, in denen das Gericht die Berichtigung einer Eintragung beschließt, die nach Ansicht der Aufsichtsbehörde einer solchen nicht bedarf. Sachlich ist die Beschwerde unbegründet. Nach § 18 Abs. 1 BGB. begründet die Todeserklärung die Vermutung, daß der Verschollene in dem im Urteile festgestellten Zeitpunkte gestorben ist. Die Rechtsbeziehungen des Verstorbenen regeln sich auf Grund dieser Vermutung. Dies gilt u. a. auch von der Beerbung (§§ 1922, 1923, 2370 BGB.). Insbesondre steht der Wiederverheiratung des Gatten das Verbot des § 1309 BGB. nicht mehr entgegen. Aber der Eintritt der an den Tod des Verschollenen geknüpften Rechtswirkungen beruht nur auf einer Vermutung. Erweist sich diese als unrichtig, so sind die Rechtsverhältnisse zu beurteilen, wie wenn die Todeserklärung nicht erfolgt wäre. Hinsichtlich verschiedener Rechtsverhältnisse hat jedoch der Gesetzgeber der Todeserklärung weitergehende Wirkungen beigelegt. Dies ist bei der Bestimmung des § 1348 BGB. der Fall. Würde es hinsichtlich der Eheschließung bei der Vorschrift des § 18 Abs. 1 verblieben sein, so wäre, wenn dargetan würde, daß der für tot erklärte Gatte zur Zeit der Wiederverheiratung noch gelebt habe, die neue Ehe nach § 1326 nichtig. Dagegen bestimmt § 1348 Abs. 1, daß die Ehe nicht nichtig ist, falls nicht beide Gatten bei der neuen Eheschließung wissen, daß

der Verschollene die Todeserklärung überlebt hat. Die Verneinung der Nichtigkeit der neuen Ehe erforderte eine Bestimmung des Inhalts, daß mit der Schließung der neuen Ehe die frühere aufgelöst werde. Diese Bestimmung enthält Abs. 2 des § 1348. § 1348 trifft sonach nur für den Fall Vorsorge, daß die Todeserklärung sich als unrichtig erweist und der verschollene Gatte zur Zeit der Wiederverheiratung des andern noch lebt. Die Vermutung, daß R. B. am 30. November 1897 gestorben ist, besteht noch in Kraft. Daher ist anzunehmen, daß seine Ehe mit H., geb. H., am 30. November 1897 durch seinen Tod gelöst wurde und daß das am 13. Juni 1901 von der Witwe B. geborene Kind nicht während der Ehe empfangen ist. Mit Recht hat deshalb das Amtsgericht dem Berichtigungsantrage stattgegeben. (Beschl. des IV. C.-S. vom 2. März 1905).

— — — n.

### III.

**Kann ein Fuchs (Renonce), der mit Einwilligung seines Korps ausgeschieden ist, nachträglich wegen seines späteren Verhaltens cum infamia exkludiert werden?** Der Student H. trat an Ostern 1901 in das Korps G. in W. ein. An Weihnachten 1901 bat er um seinen Austritt und erhielt ihn vom Korpskonvent am 15. Januar 1902 bewilligt. Am 11. Februar 1902 reichte er bei dem genannten damals präsidierenden Korps eine Denkschrift an den Seniorenkonvent wegen der in dem Korps herrschenden Zustände und eine Verrufsklage gegen dessen ersten Chargierten ein. Am 12. Februar 1902 beschloß der Konvent der G. die Exklusion des Klägers cum infamia. Mit der beim Landgericht W. erhobenen Klage hat Kläger beantragt, den Beschluß des Korpskonvents der G. vom 12. Februar 1902 aufzuheben und das Korps zu verurteilen, anzuerkennen, daß er durch Austrittsbewilligung ausgeschieden ist. Das Korps hat um Abweisung der Klage gebeten. Das Landgericht hat nach dem Klageantrag erkannt. Auf die Berufung des Beklagten wurde diese Entscheidung vom Oberlandesgerichte B. aufgehoben und die Klage abgewiesen. Die Revision des Klägers hatte Erfolg.

Aus den Gründen: Die Vorinstanzen sind mit Recht davon ausgegangen, daß der Klage der Rechtsweg nicht verschlossen ist. Das Korps G. ist nach der Feststellung des Oberlandesgerichts unter der Herrschaft des Bayer. Ges. vom 29. April 1869 (die privatr. Stellung von Vereinen betr.) ein anerkannter Verein im Sinne dieses Gesetzes nicht gewesen. Nach Art. 2 Abs. 1 des Bayer. Ges., Uebergangsvorschr. zum BGB. betr. vom 9. Juni 1899 finden auf die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehenden nicht rechtsfähigen Vereine von diesem Zeitpunkte an die Vorschriften des BGB. über die Gesellschaft Anwendung. Die Bestimmung entspricht dem § 54 BGB. Auf die Rechtsverhältnisse des Korps G. sind daher vom 1. Januar 1900 an, soweit nicht durch Art. 2 des Bayer. Ges. und durch die Statuten ein anderes bestimmt ist, die Vorschriften der §§ 705 ff. BGB. anwendbar. Nach § 50 CPO. kann das Korps verklagt werden und hat im Rechtsstreite die Stellung eines rechtsfähigen Vereins. Die Klage ist eine Feststellungsklage. Der Grund des Anspruchs ist das Verhältnis, in welches Kläger zu dem Korps getreten ist, also das Gesellschaftsverhältnis. Kläger will festgestellt haben, daß es durch seinen Austritt beendigt sei und das Korps auf Grund seines Verhältnisses keine Rechte mehr ihm gegenüber ausüben könne. Das Korps nimmt dagegen für sich die Befugnis in Anspruch, ihn wegen eines nach dem Austritt angeblich begangenen Ehrenwortbruchs und wegen der angeblichen Abfassung von Schmähbriefen vor sein Ehrengericht zu ziehen und mit der Exklusion cum infamia zu bestrafen. Weshalb dieses Streitverhältnis den ordentlichen Gerichten entzogen sein sollte, ist nicht einzusehen. Ebensowenig kann bezweifelt werden, daß Kläger an der alsbaldigen Feststellung des Nichtbestehens des von dem Korps ihm gegenüber behaupteten Rechtsverhältnisses ein rechtliches Interesse hat, da der Beschluß des Korpskonvents der G. für seine Ehre und die Möglichkeit, anderen Verbindungen beizutreten, von Bedeutung ist. Das Reichsgericht (IV. C.-S.) hat am 6. März 1902 bereits ausgesprochen, daß ein Mitglied eines unter der Herrschaft des gemeinen Rechts gegründeten Aerztevereins nur so lange dessen Satzungen untersteht, als die Mitgliedschaft dauert, daß es aber nach dem Ausscheiden, unbeschadet der aus dem Gesellschaftsverhältnis entsprungenen, etwa noch unerledigten vermögensrechtlichen Verpflichtungen, dem Machtbereich der Satzungen entrückt wird (vgl. Jur. Wschr. 1902 Beil. 6 S. 227 f.) Nr. 88; Entsch. d. RG. in CS. Bd. 51 S. 66 ff.). Das Oberlandesgericht hält diese Entscheidung deshalb hier nicht für einschlagend, weil sie sich nicht auf studentische Korporationen beziehe, welche nach ihren besonderen Verhältnissen zu beurteilen seien. Zu den Prinzipien jedes Korps gehöre es, den überlieferten Komment und das Studententum zu pflegen. Die Korps seien bestrebt, den neu zugegangenen Renoncen die Korpsprinzipien und Korpsstatuten geläufig zu machen. Nach § 110 a der Konstitutionen des beklagten Korps werde der zu Admittierende auf Ehrenwort verpflichtet, nach dem Austritt aus der G. bei keiner anderen Korporation in W. aktiv zu werden und das Korps niemals böswillig zu schädigen. Nach § 84 a. a. O. könne die Exklusion über jenen verhängt werden, der sich ehrenrühriges Betragen zuschulden kommen läßt, sowie über den, der böswillig das Korps zu infamieren sucht. Das Oberlandesgericht hat über die Frage, ob nach einer allgemeinen Uebung ein bei dem Korps admittierter Student wegen seiner Handlungen nach dem Austritt exkludiert werden darf, Sachverständige gehört. Es hat aber schließlich angenommen, daß bei deren Meinungsverschiedenheit die Frage dahingestellt bleiben könne, da sie bereits durch die Sonderbestimmungen des Korps bejaht sei. Wie die Verpflichtung des Klägers auch nach seinem Austritt fortbestand, so müsse auch die auf ihre Verletzung erfolgte Strafdrohung aufrecht erhalten bleiben. Die allgemeinen Erwägungen des Oberlandesgerichts über Aufgaben und Ziele der Korps sind richtig. Es hätte hinzufügen können, daß unter den Angehörigen eines Korps eine auf dauernder Freundschaft und gemeinsamer Pflege eines ehrenhaften Studententums (vgl. § 37 der Statuten des Kösener S.C.-Verbandes) beruhende Zusammengehörigkeit für Lebenszeit begründet wird, und daß die Korps eines großen Teiles ihres idealen Gehalts und ihrer ethischen und sozialen Bedeutung beraubt würden, wenn dieser Zusammenhalt nicht anerkannt und gepflegt würde. Diesen besonderen Verhältnissen tragen aber auch die Statuten des Kösener S. C.-Verbandes, welche auch für das beklagte Korps maßgebend sind, soweit die Konstitutionen der G. nichts Abweichendes bestimmen, Rechnung. Sie stellen feste Grundsätze über die Korpsangehörigkeit auf und bestimmen damit zugleich die Grenzen, innerhalb welcher die gesellschaftliche Autonomie und Jurisdiktion der Korps rechtliche Gültigkeit und Wirksamkeit hat. Nach § 39 dieser Statuten scheiden sich die „Angehörigen eines Korps" in „Aktive", „Inaktive" und „Alte Herren". Die Aktiven zerfallen in Korpsburschen und Füchse. Inaktive heißen jene, welche, nachdem sie aktive Burschen waren, nach Maßgabe der Konstitution ihres Korps von den besonderen, den aktiven Burschen obliegenden Verbindlichkeiten befreit und als inaktiv im S.C. gemeldet sind (§ 45). Alte Herren sind Korpsangehörige, welche nach beendigter Aktivität bzw. Inaktivität von ihrem Korps als solche erklärt sind und die Befugnis zum Tragen des Korpsbandes besitzen (§ 47). Hieraus ergibt sich, daß H., der als Renonce

freiwillig und mit Zustimmung des Korps ausgetreten ist, aufgehört hat, Korpsangehöriger zu sein. Er ist nicht mehr Aktiver. Er ist aber auch weder Inaktiver noch „alter Herr“ geworden, weil er niemals aktiver Korpsbursche gewesen ist und nicht die Befugnis zum Tragen des Korpsbandes besitzt. Nach § 39 Abs. 2 der Statuten des Kösener S.C. ist es den einzelnen Korps unbenommen, noch weitere Kategorien von Korpsangehörigen (z. B. Inhaber der Korpsschleife, Konkneipanten) zu schaffen. Das beklagte Korps hat jedoch nicht geltend gemacht, daß der Kläger in einem derartigen Verhältnis Korpsangehöriger geblieben wäre. Gegen eine dem Korps nicht mehr angehörende Person kann es keine Jurisdiktion üben. Hier greifen die Grundsätze des bürgerlichen Rechtes ein, wie sie in dem erwähnten Urt. des Reichsger. vom 6. März 1902 niedergelegt sind. Hiergegen können auch die besonderen Konstitutionen des Korps (§ 100 a, § 84) nicht verwertet werden. Insbesondere kann aus der Vorschrift des § 84 nicht entnommen werden, daß das Korps G. auch gegenüber Nicht-Korpsangehörigen eine Disziplinargewalt für sich in Anspruch nimmt. Auch wenn die gemäß § 110 a der Konstitutionen vom Kläger übernommenen Verpflichtungen fortbestehen, rechtfertigt dies nicht die Gültigkeit eines Beschlusses, durch welchen der ausgetretene und infolgedessen dem Verein nicht mehr angehörende Kläger nachträglich ausgeschlossen wird. Ein solcher Beschluß konnte nicht mehr auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses erlassen werden, welches die rechtlichen Beziehungen der Korpsangehörigen beherrscht. Ebensowenig kann in Betracht kommen, daß Kläger nach seinem Austritt sich noch an das Ehrengericht des S. C. gewandt hat. Hierdurch wurde für ihn keine neue Korpsangehörigkeit begründet. Hiernach mußte das Urteil des Oberlandesgerichts aufgehoben und in der Sache selbst auf Zurückweisung der Berufung erkannt werden. Dabei wurde jedoch für erforderlich erachtet, den in dem Urteile des Landgerichts enthaltenen Ausspruch, „der Beschluß des Korpskonvents der G. . . . wird aufgehoben“, dahin zu berichtigen, daß dieser Beschluß als rechtsungültig erklärt wird. Denn die bürgerlichen Gerichte bilden nicht eine Instanz hinsichtlich der von den Vereinsorganen erlassenen Beschlüsse; sie sind daher nicht in der Lage, solche aufzuheben. Sie können ihnen nur die Rechtswirksamkeit absprechen. (Urt. des I. C.-S. vom 18. März 1905).

## B. Straffachen.

### I.

**Zu §§ 81, 375, 376, 377 Nr. 8 StPO.** Die Ablehnung des Antrags des Verteidigers, die Verhandlung zum Zwecke der Beobachtung der Angeklagten auf ihren Geisteszustand auszusetzen, kann einen Revisionsgrund nicht bilden, da die hienach beantragte Einholung eines Sachverständigen-Gutachtens dem freien, einer Nachprüfung des Revisionsgerichts nicht unterliegenden Ermessen des Tatrichters anheimgegeben ist. (Urteil des I. St.-S. vom 9. März 1905.)

Dr. H.

### II.

**Rechtliche Bedeutung von Schul- und Lehrordnungen der bayer. Kreisregierungen für das Züchtigungsrecht der Lehrer? Formelle Erfordernisse?**

Aus den Gründen: „Die Revision irrt, wenn sie meint, daß den bayer. Kreisregierungen ein Recht zur Erlassung von Vorschriften über die Ausübung des Züchtigungsrechts der Lehrer nicht zustehe. Dieses Recht ist vielmehr in § 38 der Allerh. VO. vom 17. Dezember 1835, die Formation, den Wirkungskreis und den Geschäftsgang der obersten Verwaltungsstellen in den Kreisen betreffend, begründet, da hienach die Kreisregierungen zur Aufsicht über die Volksschule berufen sind und demzufolge auch für befugt erachtet werden müssen, zum Vollzuge der für die Ausübung des Züchtigungsrechts der Lehrer zunächst maßgebenden Ministerialentschließung vom 20. Mai 1815 (Döllinger, VO.Sammlg. Bd. 9, S. 1459) und der Entschließungen des Staatsministeriums des Innern für Kirchen- und Schulangelegenheiten vom 8. Januar 1866 (KMBl. S. 13 mit IMEntschl. vom 28. Mai 1863, IMBl. S. 6) und vom 9. Februar 1883 (KMBl. S. 57, 58) Anordnungen zu treffen. Die im Urteil angeführte, von der zuständigen Kreisregierung erlassene Schul- und Lehrordnung für die Volksschulen des Regierungsbezirkes der Oberpfalz und von Regensburg bildet in dem wiedergegebenen Teile eine solche Vollzugsanordnung zu § 3 Abs. I der MEntschl. vom 20. Mai 1815 und ist für die Ausübung des Züchtigungsrechts der Lehrer nicht nur in disziplinärer, sondern auch in strafrechtlicher Hinsicht von Bedeutung, da den Lehrern ein in ihrer öffentlich-rechtlichen Stellung begründetes Züchtigungsrecht nur soweit zustehen kann, als ihnen mit Uebertragung ihres Amtes ein solches von den vorgesetzten Stellen eingeräumt ist. Unzutreffend ist auch die Meinung der Revision, daß die Rechtsgültigkeit solcher Anordnungen der Kreisregierungen an eine förmliche öffentliche Bekanntmachung geknüpft wäre. Eine solche Vorschrift besteht nicht, es genügt vielmehr, wenn die Anordnung als solche den Organen, für welche sie bestimmt ist, auf dienstlichem Wege zur Kenntnis gebracht wird. Die Erlassung der hier in Betracht kommenden Anordnung und deren Inkraftsetzung war Gegenstand der tatsächlichen, einer Nachprüfung des Revisionsgerichts nach § 376 StPO. nicht unterliegenden Feststellung des Erstrichters.“ (Urt. des I. St.-S. vom 28. November 1904.)

B.

### III.

**Darf ein Gutachten des mechanisch-technischen Laboratoriums der Technischen Hochschule zu München nach § 255 StPO. verlesen werden?**

Aus den Gründen: „Nach dem Sitzungsprotokolle ist in der Hauptverhandlung ein Gutachten des mechanisch-technischen Laboratoriums der technischen Hochschule zu München verlesen worden. Die Revision beanstandet die Verlesung, weil das Gutachten einer öffentlichen Behörde nicht vorliege. Daß der Technischen Hochschule zu München und ihren organischen Gliedern, zu welchen auch ihr mechanisch-technisches Laboratorium zu rechnen ist, nach dem Willen der bayerischen Staatsregierung auch die Befugnis zustehen soll, in behördlicher Eigenschaft Gutachten über Fragen aus dem Gebiete ihrer Fachwissenschaften für Behörden oder Privatpersonen auszustellen, ist aber unbedenklich daraus zu folgern, daß die Hochschule nach ihrem Zwecke und ihrer Einrichtung das öffentliche Wohl innerhalb ihres Wirkungskreises durch Belehrung, Aufklärung und praktische Unterweisung tunlichst zu fördern bestimmt ist. Jene Befugnis ist übrigens bezüglich jedes Lehrerrates der Hochschule in § 26 der für diese erlassenen organischen Bestimmungen ausdrücklich anerkannt worden. Die Gutachten des Laboratoriums sind nicht Privatarbeiten, sondern Arbeiten einer innerhalb ihres Wirkungskreises die Hochschule selbst repräsentierenden Behörde, was auch daraus entnommen werden kann, daß die Gebühren für die Gutachten und die hiedurch veranlaßten Untersuchungen an die Kassenverwaltung der Hochschule zu zahlen und daß über ihre Verwendung durch die Dienstaufsichtsstelle besondere Bestimmungen getroffen sind. Auch soll noch hervorgehoben werden, daß das Laboratorium mit einem eigenen Dienstsiegel ausgestattet ist. Es treffen demnach die Merkmale zu, welche in den Entsch. des RG. Bd. 22 S. 259 (260) und

Bd. 27 S. 359 (360) für die Eigenschaft einer Behörde als wesentlich erachtet sind, und es war die Verlesung des Gutachtens nach § 255 StPO. zulässig." (Urt. des I. St.S. vom 7. November 1904.)

B.

## Oberstes Landesgericht.

### A. Zivilsachen.

I.

**Die Eintragung einer Protestation für ein Forderungsrecht z. B. das Anfechtungsrecht (Gesetz vom 21. Juli 1879 ä. F.) in das Hypothekenbuch ist nach dem bayer. Hypothekengesetze unstatthaft.** Nachdem ein Schuldner sein Anwesen veräußert hatte, ist auf das von einem seiner Gläubiger gestellte Gesuch, welches mit der Behauptung begründet war, der Verkauf sei vermutlich ein Scheingeschäft, jedenfalls könne er als dem Gläubiger gegenüber unwirksam angefochten werden, weil der Schuldner sich hiedurch seiner ganzen greifbaren Habe entäußert habe, eine Protestation gegen die bereits erfolgte Umschreibung des Anwesens auf den Käufer sowie gegen Veräußerung und Belastung des Anwesens in das Hypothekenbuch eingetragen worden. Entsprechend einem Antrage des Käufers wurde die Protestation von dem Hypothekenamte wieder gelöscht. Beschwerde und weitere Beschwerde des Gläubigers blieben erfolglos.

Gründe: Die Protestation ist nach § 27 des Hyp.G. ebenso wie die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs nach § 899 BGB. dazu bestimmt, wenn der Inhalt des Hypothekenbuches mit der wirklichen Rechtslage nicht übereinstimmt, den in Ansehung des Grundstückes bestehenden Rechtszustand gegen die Gefährdung zu schützen, die sich aus dem öffentlichen Glauben des Hypothekenbuches ergibt; sie verhütet insbesondere, daß eine bestehende aber nicht eingetragene Beschränkung des Verfügungsrechts des Eigentümers oder eines anderen eingetragenen Berechtigten infolge des öffentlichen Glaubens des Hypothekenbuches einem gutgläubigen Dritten gegenüber unwirksam wird. Durch die Eintragung einer Protestation soll eine schon bestehende Verfügungsbeschränkung im Hypothekenbuch ersichtlich gemacht werden, sie kann aber nicht dazu dienen, eine Beschränkung des Verfügungsrechts des Eigentümers oder eines sonstigen Berechtigten erst herbeizuführen, sie ist nicht eine Beschlagnahme. Ansprüche aus Schuldverhältnissen können demnach, weil das Schuldverhältnis das Verfügungsrecht des Schuldners unberührt läßt, nicht Gegenstand einer Protestation sein. Soll der Schuldner zur Sicherung eines solchen Anspruchs in der Verfügung über sein Grundstück oder sein eingetragenes Recht beschränkt werden, so ist die Erwirkung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung, nicht die Eintragung einer Protestation das zum Ziele führende Mittel. Die vom Obersten Landesgericht in früheren Entscheidungen angenommene Ansicht, daß auch für Forderungsrechte eine Protestation eingetragen werden könne und ihr in diesem Falle die Bedeutung eines Veräußerungs- und Belastungverbotes zukomme, die von Regelsberger, Bayer. Hyp.R. § 65 Nr. 10 und Jacubezky, Bemerkungen zum Entw. eines BGB. S. 223, 224 bekämpft wurde, ist seit 1896 in ständiger Rechtsprechung aufgegeben (vgl. die in der Neuen Sammlung Bd. IV S. 165 angeführten Entscheidungen, ferner dort S. 185, Bd. V S. 187). Der Beschwerdeführer steht zu dem Anwesen, als dessen Eigentümer der Käufer im Hypothekenbuch eingetragen ist, in keinem unmittelbaren Rechtsverhältnisse, das Anfechtungsrecht, für das er die Eintragung einer Protestation erwirkt hat, begründet nur einen persönlichen Anspruch gegen den Anfechtungsgegner auf Rückgewähr des von dem Schuldner veräußerten Gegenstandes; eine Verfügungsbeschränkung, die durch Eintragung einer Protestation im Hypothekenbuch ersichtlich gemacht werden könnte, wird durch das Anfechtungsrecht nicht bewirkt (Aeltere Sammlung Bd. XVI S. 442, Neue Sammlung Bd. III S. 1025, Bd. IV S. 185). Die Protestation, die für den Beschwerdeführer eingetragen worden ist, sollte als Veräußerungs- und Belastungsverbot wirken, sie war aber unwirksam, weil das Gesetz Protestationen solcher Art nicht zuläßt, die Eintragung ist deshalb als eine ihrem Inhalte nach unzulässige Eintragung mit Recht gelöscht worden (Neue Sammlung Bd. III S. 1037). Daß der Kaufvertrag ein Scheingeschäft war, der Schuldner also Eigentümer geblieben und das Hypothekenbuch durch die Umschreibung des Anwesens auf den Käufer unrichtig geworden ist, ist in dem Gesuche nur als eine naheliegende Vermutung hingestellt, die Eintragung der Protestation ist aber nur zur Sicherung des allein bestimmt behaupteten Anfechtungsrechtes erwirkt worden. Sollte der Beschwerdeführer glaubhaft machen können, daß die Veräußerung des Anwesens nicht ernstlich gemeint war und dieses noch im Eigentum des Schuldners steht, so bleibt ihm unbenommen, auf grund des Art. 21 Abs. 2 Subh.O. die Eintragung einer neuen Protestation gegen die Umschreibung zu beantragen (vgl. Aeltere Sammlung Bd. 1 S. 203, Bd. III S. 190, Bd. IX S. 762, Entsch. d. RG. in C.-S. Bd. IV S. 252 II). (Beschl. I C.-S. Reg. III 18/1905 vom 18. März 1905).

Mitgeteilt von E. Yblagger, Rat am Obersten Landesgerichte.

II.

**Nachweis der Vollmacht gegenüber dem Grundbuchamte.** In einer Privaturkunde bewilligte H. W. namens seines Bruders L. W. auf Grund einer vom Notariate S. am 9. November 1901 beurkundeten Generalvollmacht die Löschung einer Hypothek und beantragte der Eigentümer des belasteten Grundstücks Th. G. die Löschung. Die Unterschrift des H. W. wurde vom Notariate S. beglaubigt mit dem Beisatze: „Es wird bezeugt, daß H. W. nach der angeführten Urkunde Generalbevollmächtigter des Gläubigers ist laut der erwähnten vom Notar soeben eingesehenen Urkunde." Das Grundbuchamt lehnte die Löschung ab, weil durch die Bestätigung des Notars über die Vollmacht, die nur die Ueberzeugung des Notars von der Vertretungsbefugnis des H. W. wiedergebe, ein dem § 29 GBO. entsprechender Nachweis der Bevollmächtigung nicht geführt sei. Die Beschwerde des L. W. wurde verworfen. Gegen die Entscheidung des Landgerichts legten L. W. und Th. G. weitere Beschwerde ein. Sie blieb erfolglos.

Aus den Gründen: Die weitere Beschwerde ist formell zulässig. Für das Beschwerderecht des L. W. genügt das rechtliche Interesse, daß er als Hypothekengläubiger hat, daß einer von ihm erteilten Löschungsbewilligung nicht ohne Grund der Erfolg versagt wird. (Entsch. in Ang. d. freiw. G. u. des Grundbr. II S. 41), und die Anfechtung der Zurückweisung seiner Beschwerde, die auch im Interesse des Eigentümers eingelegt war, steht auch dem Th. G. zu. Die weitere Beschwerde ist aber unbegründet. Der Zusatz zur Unterschriftsbeglaubigung ist nicht ein Auszug (§ 220 der Gesch.O. f. d. Not. vom 24. Dezember 1899) d. h. eine wortgetreue Abschrift des in Betracht kommenden Teils der Vollmachtsurkunde sondern eine Feststellung des Inhalts der vom Notar eingesehenen Urkunde (§ 82 Abs. 2, 3 Gesch.O.). Der Ansicht des Beschwerdegerichts, daß der nach § 29 GBO. erforderliche Nachweis der Vollmacht nur durch deren Vorlegung, nicht durch eine Feststellung des Notars geführt werden könne, ist nicht beizutreten. Die Feststellung der Vollmacht eines als Bevollmächtigten auftretenden Beteiligten gehört zum amtlichen Geschäftskreise des Notars, die von ihm

beurkundete Feststellung ist deshalb nach § 415 CPO. eine öffentliche Urkunde. Die Befugnis zu einer solchen ist dem Notar auch nicht abzusprechen, wenn er nicht die Erklärung des Bevollmächtigten beurkundet sondern nur dessen Unterschrift beglaubigt. Für die Feststellung, daß der als Bevollmächtigter auftretende Vollmacht hat, genügt es nicht, daß ihm einmal Vollmacht erteilt wurde, sondern er muß durch den Besitz der Vollmachtsurkunde (§§ 172, 175 BGB.), bei notariellen Vollmachten der ihm gemäß § 175 Gesch.O. ausgehändigten Urschrift oder der Ausfertigung den Fortbestand der Vollmacht dartun (Rechtspr. d. OLG. V S. 299, Entsch. in Ang. d. freiw. G. I S. 310, Turnau-Förster, Liegensch.R. II S. 160). Die Feststellung des Notars, daß der Bevollmächtigte sich im Besitze der Vollmachtsurkunde befunden und daß diese den angegebenen Inhalt hat, bildet, wie im § 145 der D. A. f. d. Grundbuchämter vom 27. Februar 1905 ausdrücklich ausgesprochen ist, eine genügende Grundlage für die dem Grundbuchamt obliegende Prüfung der Bevollmächtigung. (Turnau-Förster II S. 212, Oberneck, Grundbuchrecht, 3. Aufl. II S. 224, Willenbücher, Liegenschaftsrecht S. 327.) Im vorliegenden Fall ist aber der der Beglaubigung beigefügte Zusatz nicht genügend, weil er nicht ersehen läßt, ob die eingesehene Vollmachtsurkunde die dem H. W. ausgehändigte Urschrift oder die ihm erteilte Ausfertigung war und von ihm vorgelegt wurde, oder ob die Feststellung auf Grund der Urschrift geschah, die sich im Archive des Notariats befand und zu diesem Zwecke hervorgeholt wurde. (Beschl. des I. C.-S. vom 23. März 1905).

— — — n.

### B. Strafsachen.

**Zum Begriff „Markt".** Unter Markt im Sinne des Tit. IV der GewO. ist eine mit obrigkeitlicher Ermächtigung veranstaltete Einrichtung zu verstehen, welche bezweckt, den Kauf und Verkauf von beweglichen Gegenständen auf eine bestimmte Zeit und einen bestimmten, dem Publikum zugänglichen Ort zu konzentrieren. Der Begriff „Markt" erfordert eine Konkurrenz von Verkäufern. Zu den Märkten im Sinne des § 70 Gew.O. — sog. Spezialmärkten — gehören auch die Kirchweihmärkte und zu den dort bezeichneten landesrechtlichen Vorschriften zählt § 30 der Allerh. VO. vom 29. März 1892, den Vollzug der Gewerbeordnung in Bayern betr. (GVBl. S. 61), der zwar nach seiner Ueberschrift nur zu § 65 GewO. erlassen ist, dessen Abs. 4 aber nach seinem Inhalt keinen Zweifel läßt, daß diese Bestimmung sich auf § 70 GewO. stützt. — (Urt. vom 9. März 1905, Rev.Reg. Nr. 6/05.)

**Zum Begriff „Gewerbliche Niederlassung"** (§ 42, 55 GewO.). Die Gewerbeordnung gebraucht den Ausdruck „gewerbliche Niederlassung" in § 55 im gleichen Sinn wie in § 42, der, ohne den Begriff einer gewerblichen Niederlassung näher zu bestimmen, eine solche nicht anzunehmen gestattet, wenn der Gewerbetreibende im Inland ein zu dauerndem Gebrauch eingerichtetes, beständig oder doch in regelmäßiger Wiederkehr von ihm benütztes Lokal für den Betrieb seines Gewerbes nicht besitzt. Eine gewerbliche Niederlassung kann nur dort angenommen werden, wo sich dauernd der Mittelpunkt eines gewerblichen Betriebes befindet. Dieses Erfordernis ist für jede von mehreren Niederlassungen eines Gewerbetreibenden zu stellen und ein Zweiggeschäft entspricht dem nur, wenn es dem Hauptgeschäft gegenüber eine gewisse Selbständigkeit besitzt, die insbesondere darin zutage tritt, daß das Zweiggeschäft als solches Geschäfte abschließt, eine äußerlich selbständige Leitung und eigene Buchführung hat und mit einem nach innen abgesonderten Geschäftsvermögen ausgestattet ist (vgl. Entsch. des RG. in StrS. Bd. 19 S. 281, in ZS. Bd. 41 S. 66; Entsch. des Oberst. LG. in ZS. Bd. 1 S. 663, in StrS. Bd. 4 S. 52; Entsch. des OLG. München Bd. 3 S. 274; Jahrbuch für Entsch. des preuß. Kammergerichts Bd. 22 A S. 91) — (Urt. vom 28. März 1905, Rev.Reg. Nr. 448/04.)

Mitgeteilt von B.-A.-Assessor Dr. Schmidt im Min. des Aeußern.

### Oberlandesgericht Zweibrücken.

**Befugnis des auf Zahlung der Stammanteilserhöhung verklagten Genossen, sich auf seinen — durch Schuld des Vorstands nicht in die Liste eingetragenen — früheren Austritt zu berufen (exceptio doli generalis).** Der Beklagte, vom Vorschußverein A., G. m. u. H. auf Zahlung der von der Generalversammlung im Dezember 1903 und März 1904 beschlossenen Stammanteilserhöhung verklagt, bestreitet seine Zahlungspflicht, da er bereits am 30. April 1902 auf dem Vereinsbureau schriftlich seinen Austritt erklärt habe, von den erwähnten Beschlüssen also nicht mehr getroffen werden könne, gleichviel ob sein Ausscheiden in der Liste der Genossen unverzüglich eingetragen oder ob dies vom Vorstande schuldhafterweise unterlassen worden sei. Das Landgericht ließ den Beklagten hinsichtlich des behaupteten Austritts zum richterlichen Eide zu und stellte als Folge der Eidesleistung die Abweisung der Klage fest, da dann die vom Beklagten eingewendete exceptio doli generalis begründet sei, indem der Verein, dessen Vorstände die Eintragung des Austritts in die Liste der Genossen schuldhafterweise unterlassen hätten, aus der formell noch bestehenden Mitgliedschaft des Beklagten den geltend gemachten Anspruch nicht ableiten könne. Die auf Verurteilung des Beklagten abzielende Berufung des Vorschußvereins wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Nach § 70 Gen.G. — s. § 34 der Bek. vom 24. Dezember 1899 — endet die Mitgliedschaft eines Genossen erst mit der Eintragung des Austritts in die Liste der Genossen. Daher gehört der Beklagte, auch wenn er eine schriftliche Austrittserklärung eingereicht hat, bei dem Mangel der entsprechenden Eintragung in die Liste heute noch dem klagenden Vorschußverein an. Völlig unabhängig hiervon ist aber die Frage, welche Behelfe dem Beklagten gegen Ansprüche der hier fraglichen Art zur Seite stehen, soferne er eine schriftliche Austrittserklärung eingereicht, der Verein aber von dieser Austrittserklärung den vorgeschriebenen Gebrauch nicht gemacht hat. Der Vorschußverein wendet ein, die Tatsache der schriftlichen Austrittserklärung sei unerheblich, denn es entscheide einzig und allein die Eintragung in die Genossenschaftsliste und macht geltend, die exceptio doli generalis sei unter der Herrschaft des BGB. überhaupt unzulässig, jedenfalls aber gegenüber der absolut bindenden Kraft der Eintragung in die Liste in Fällen der vorliegenden Art ausgeschlossen, wie aus der Entscheidung des Reichsgerichts (Ver. Z.-S.) vom 16. Mai 1904 hervorgehe. Beide Einwände gehen fehl. Das durch die Grundsätze von Treu und Glauben beherrschte Bürgerliche Gesetzbuch schließt die exceptio doli generalis ebensowenig aus, wie das Genossenschaftsgesetz selbst — (vgl. RG. Bd. 41 S. 56. D. Jur.-Ztg. 1904 S. 313. Zeitschr. für Rechtspfl. in Bayern 1, S. 35) — und die angezogene Entscheidung der Ver. Z.-S. hat einen von dem vorwürfigen wesentlich verschiedenen Fall und nicht die Zulässigkeit der erwähnten Einrede zum Gegenstand. Bei jener Entscheidung handelt es sich um die Anfechtung einer Beitrittserklärung wegen Betrugs; sie verneint die Anfechtung mit der ausdrücklichen Einschränkung auf den Fall, daß die mit der Eintragung an sich übereinstimmende Beitrittserklärung nachgehends wegen Mängel im Willen (strafbare, unlautere Beeinflussung der Entschließung des Beitretenden) angefochten wird. Im gegebenen Fall aber entspricht die den Vereinsorganen gesetzlich zugewiesene Weiter-

behandlung der Willenserklärung (Kündigung) des Genossen dem Willen des letzteren durchaus nicht, vielmehr ist gerade das, was er wollte — die durch den Eid noch zu erweisende Tatsache als gegeben vorausgesetzt —, nämlich die Eintragung seines Austritts in die Liste der Genossen durch den Vorstand nicht bewirkt worden. Demnach beruft sich der Beklagte nicht auf Willensmängel in seiner Erklärung sondern darauf, daß der Vorschußverein aus eigner Säumnis einen Vorteil ziehen würde, wenn er ihn auf Grund der formell fortbestehenden Mitgliedschaft zu Leistungen beiziehen wollte, obwohl durch rechtzeitige Streichung die Mitgliedschaft vor der Entstehung der Ansprüche geendet hätte. Die Zulässigkeit dieser Einrede ist in der angezogenen Entscheidung weder ausdrücklich noch stillschweigend verneint. Daß die Austrittserklärung, soferne sie vom Beklagten schriftlich eingereicht wurde, nur infolge einer Säumnis oder Nachlässigkeit der Vereinsorgane nicht zur Eintragung gelangte, ist in dem angefochtenen Urteile zutreffend ausgeführt; es wäre die Aufgabe des Klägers gewesen, nachzuweisen, infolge welcher von ihm nicht zu vertretender Umstände die Kündigung, nachdem sie in seine Verfügungsgewalt gelangt war, die weitere sachgemäße Behandlung nicht erfahren hat. Die Tätigkeit des Vorstandes kann im gegebenen Fall nur als die eines Organs der Genossenschaft in Frage kommen (RG. 41 S. 58), und es kann dahin gestellt bleiben, ob hieran eine Aenderung eintreten würde, wenn die Ansprüche von Dritten außerhalb des Vereins Stehenden erhoben wären. Vergeblich beruft sich der Kläger endlich auf ein konkurrierendes Verschulden des Beklagten, das darin liegen soll, daß dieser von den ihm nach § 71 Gen.G. zu Gebote stehenden Behelfen keinen Gebrauch gemacht habe. Von einer Fahrlässigkeit oder Säumnis des Beklagten kann aber, soferne er die schriftliche Austrittserklärung wirklich betätigt hat, keine Rede sein, denn alles übrige, was die Behandlung der Sache erforderte, war Aufgabe des Vereins. Um eine Schadensersatzforderung handelt es sich überhaupt nicht, sondern lediglich um die Ablehnung eines Anspruchs aus dem Gesichtspunkte des dolus generalis. Aus diesem Grunde ist es auch nicht erforderlich, der Frage näher zu treten, ob in Fällen der vorwürfigen Art der exceptio doli generalis gegenüber überhaupt der Einwand des konkurrierenden Verschuldens erhoben werden kann. (Urteil vom 15. Februar 1905).

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Lunglmayr in Zweibrücken.

## Oberlandesgericht Bamberg.

**Stillschweigende Bedingung. Sind rein potestative Bedingungen nach dem BGB. zulässig? Verhinderung des Eintritts der Bedingung. §§ 158, 162, 163 BGB.**

G. hatte im Herbst 1902 eine Wirtschaft in W. gekauft und sollte sie am 1. Mai 1903 beziehen. Da er die Umschreibgebühren nicht zahlen konnte, drohte ihm die Zwangsvollstreckung. Zur Abwendung nahm er bei dem Weinhändler K. ein Darlehen von 500 Mk. auf, rückzahlbar am 28. Februar 1903, gegen die Verpflichtung, drei Jahre lang alle Faßweine und Spirituosen, die in seinem Geschäfte verbraucht würden, von K. zu beziehen. G. zahlte das Darlehen rechtzeitig zurück, bezog aber die Wirtschaft nicht, sondern trat sie dem Vorbesitzer wieder ab. K. verklagte nun den G. auf 500 Mk. Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Lieferungsvertrags. Letzterer wandte ein, der Vertrag sei an die ausdrücklich gesetzte, jedenfalls auch stillschweigend vereinbarte Bedingung der wirklichen Uebernahme der Wirtschaft geknüpft gewesen und wegen Nichteintritts der Bedingung hinfällig geworden. Der Kläger bestritt dies. Das OLG. wies die Klage ab.

Aus den Gründen: In der Vertragsurkunde ist die Bedingung nicht ausdrücklich erwähnt; solche könnte aber auch nebenher mündlich vereinbart sein. Doch kommt hierauf nichts an, weil sie als stillschweigend gesetzt anzusehen ist. Eine echte Bedingung liegt nur vor, wenn die Abhängigkeit der Rechtswirkung von einem gewissen Umstand auf rechtsgeschäftlichem Willen beruht. Die stillschweigende Bedingung umfaßt solche Existenzbedingungen eines Geschäftes, welche, wenn auch nicht ausdrücklich erklärt, doch auf dem durch konkludentes Verhalten zum Ausdrucke gebrachten Parteiwillen beruhen. Eine solche Bedingung ist immer anzunehmen, wenn aus dem Inhalte des Rechtsgeschäftes und aus den Umständen bei richtiger Auslegung sich ergibt, daß die rechtliche Wirkung erst mit dem Eintritt eines zukünftigen ungewissen Ereignisses eintreten soll. (Staudinger, Komm. z. BGB. 2. Aufl., Vorbem. zu § 158 Ziff. 7a, Planck, Komm. z. BGB., 3. Aufl., § 158 Ziff. 5.) Die Auslegung der vorliegenden Willenserklärung der Parteien unter Anwendung des § 133 BGB. führt zu dem Ergebnisse, daß die Bestimmung des Vertrags, der Beklagte habe sämtliche Faßweine und Spirituosen, die in seinem Geschäfte verbraucht werden, von K. zu entnehmen, vernünftigerweise keine andere Deutung zuläßt, als daß die Uebernahme der Wirtschaft durch den Beklagten eine Existenzbedingung des Lieferungsvertrags sein sollte; denn nur in sein, des Beklagten, Geschäft sollte geliefert werden; dies war nicht möglich, wenn der Beklagte dieses nicht bezog. Es liegt also eine stillschweigende Bedingung vor, so daß es des Beweises über eine ausdrückliche Vereinbarung nicht bedarf. Irrig ist die klägerische Aufstellung, es liege keine Bedingung, sondern nur eine Zeitbestimmung nach § 163 BGB. vor. Die Bedingung unterscheidet sich von der Zeitbestimmung dadurch, daß bei letzterer die Gewißheit des schließlichen Eintritts des entscheidenden künftigen Ereignisses (dies certus an, incertus quando) besteht, bei ersterer aber nicht. (Staudinger, a. a. O. § 163 Ziff. 2.) Hier bestand aber die Gewißheit der Wirtschaftsübernahme durch G. nicht; dieses Ereignis ist auch nicht eingetreten und wird nicht eintreten; von einer Zeitbestimmung kann also keine Rede sein. Die Bedingung war eine aufschiebende nach § 158 Abs. 1 BGB. Das künftige Ereignis, von dem die Wirksamkeit des Vertrags abhängen sollte, war aber eine in den Willen des Beklagten gestellte Handlung und es fragt sich, ob es nach der Absicht der Parteien in das reine Belieben des Beklagten gestellt war oder nicht, den Eintritt oder Ausfall der Bedingung herbeizuführen. Zunächst ist nach dem das BGB. beherrschenden Grundsatze der Vertragsfreiheit anzuerkennen, daß grundsätzlich auch das reine Belieben als Bedingung gesetzt werden kann. (Staudinger, a. a. O., Vorbem. zu § 158 Ziff. 6.) Dies war hier der Fall. Bei der Auslegung einer Willenserklärung sind die besonderen Umstände ins Auge zu fassen. Da hier die Leistung des Klägers nicht sehr erheblich war, kann man nicht annehmen, daß die Parteien wollten, der Beklagte müsse unter allen Umständen, selbst wenn sein ganzer wirtschaftlicher Ruin daraus erfolge, die Bedingung erfüllen, nur damit der Kläger seine Waren in die Wirtschaft liefern könne; es wäre dies im Hinblick auf die Leistung des Klägers eine unverhältnismäßig schwere Belastung gewesen. Es ist vielmehr als Wille der Parteien anzusehen, daß es in das freie Ermessen des Beklagten gestellt sein sollte, die Wirtschaft zu übernehmen oder nicht. Der Beklagte war sonach berechtigt, die Bedingung nicht zu erfüllen. Beim Ausfall einer aufschiebenden Bedingung entsteht die von ihr abhängige rechtliche Wirkung nicht; es fällt also hier der ganze Lieferungsvertrag weg. Der Kläger kann daher weder Erfüllung des Vertrags noch wegen einer vom Beklagten zu vertretenden Unmöglichkeit der Erfüllung nach § 325 Abs. 1 BGB. Schadensersatz fordern. Wollte man aber annehmen, die Erfüllung der Bedingung sei nicht in die Willkür des Beklagten gestellt gewesen,

so ist § 162 Abs. 1 BGB. anzuwenden, wonach die Bedingung als eingetreten gilt, wenn deren Eintritt von der Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert wird. Da der Beklagte durch den Eintritt der Bedingung an den dreijährigen Warenbezug beim Kläger gebunden und daher in seiner Verfügungsfreiheit auf so lange beschränkt wäre, ist er die Partei, zu deren Nachteil der Eintritt gereichen würde. Daß er den Eintritt verhindert hat, ist nicht zu bestreiten. Es fragt sich aber, ob er dabei gegen Treu und Glauben gehandelt hat. Dies ist zu verneinen. Der Beklagte hätte den Eintritt der Bedingung gegen Treu und Glauben verhindert, wenn auf seiner Seite ein unredliches Handeln vorläge. (Staudinger, a. a. O. § 162 Ziff. 1.) Dies ist aber nicht gegeben; denn es ist unbestritten, daß der Beklagte nicht freie Wahl hatte, ob er die Wirtschaft behalten oder an den Vorbesitzer zurückverkaufen wolle, sondern durch seine finanzielle Lage kurz nach dem Kaufsabschlusse gezwungen war, die Wirtschaft aufzugeben und sich nach einer anderen Erwerbstätigkeit umzusehen. Der Beklagte hat also nicht aus egoistischen Interessen oder chikanös, um das gute Recht des Klägers zu vereiteln, sondern nur infolge seiner Notlage die Wirtschaft nicht übernommen. Er handelt somit nicht gegen Treu und Glauben und die Bedingung gilt nicht als eingetreten. (Urteil I C.-S. vom 18. Februar 1905.)

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Schäfer in Bamberg.

## Oberlandesgericht Nürnberg.

**Genehmigung eines anfechtbaren Vertrags.** Die Klägerin veräußerte in den 90er Jahren ihr Anwesen an den Bruder ihres Mannes, den Beklagten, und forderte von diesem mit Klage vom 30. Juni 1903 die Zahlung des Kaufpreisrestes. Der Beklagte behauptete Tilgung. Die Parteien vereinbarten das Ruhen des Rechtsstreits, bis ein von der Klägerin in gesondertem Verfahren anzustrengender Prozeß wegen Anfechtung des notariellen Kaufvertrags rechtskräftig entschieden sei. Diese Anfechtung bildet den Gegenstand des vorwürfigen Rechtsstreits. Die Klägerin greift den Vertrag als nichtig an und beansprucht die Zurückgabe des veräußerten Anwesens. Das Landgericht wies die Klage ab, das Oberlandesgericht verwarf am 6. März 1905 die Berufung.

Aus den Gründen: Nach der Klagebehauptung soll der maßgebende notariell verbriefte Kaufvertrag insofern simuliert sein, als er nicht den wahren Vertragswillen der Parteien über die Höhe des Kaufspreises und dessen Ausgleichung zum Ausdruck gebracht habe. Die Richtigkeit dieser klagbegründenden Tatsachen vorausgesetzt, würde es sich, wie durch die vom Erstrichter in zahlreichen Beispielen angeführte oberstrichterliche Rechtsprechung feststeht, nicht um ein mit absoluter, sondern wegen der nur teilweisen Simulation mit relativer Nichtigkeit behaftetes Rechtsgeschäft handeln. Ein derartiger Vertrag ist nicht unmittelbar ungültig, sondern nur anfechtbar, er bleibt so lange zu Recht bestehen, bis der Mangel der vollständigen, dem wahren Willen der Vertragschließenden entsprechenden Beurkundung mit Erfolg im Wege der Anfechtungsklage geltend gemacht worden ist. Allein diese Anfechtung kann dann nicht mehr Platz greifen, wenn der sich darauf berufende Teil nachträglich den erkennbaren Willen erklärt hat, daß der Vertrag so gelten solle, wie wenn er von Anfang an rechtsbeständig gewesen wäre, ihn sohin nachträglich genehmigt hat. Die Genehmigung eines anfechtbaren Rechtsgeschäftes bedarf keiner besonderen Form, es genügt die Erklärung des Berechtigten, daß dasselbe gelten soll. Die Genehmigung enthält mittelbar einen Verzicht auf einen persönlichen Anspruch, nämlich auf die Anfechtung des nichtigen Rechtsgeschäftes, in dieser Eigenschaft wird sie weder von Art. 14 des vormaligen Not.G. noch von einer die Form betreffenden Vorschrift des hier anzuwendenden bayerischen Landrechts beherrscht. (Entsch. des Oberst. LG. Bd. XII S. 530.) Hiernach kann ein begründeter Zweifel nicht bestehen, daß die Klägerin den — nach ihren Behauptungen — an sich anfechtbaren Kaufvertrag durch die Erhebung der Vorklage auf Erfüllung ausdrücklich genehmigt und damit auf dessen nachträgliche Anfechtung verzichtet hat, denn hiedurch hat sie ihrem Vertragsgegner den Willen erklärt, bei dem notariellen Vertrag stehen zu bleiben, ihn geradeso erfüllt zu verlangen, wie er beurkundet wurde, und diese Erklärung hat der Beklagte durch sein Festhalten an der Rechtsgültigkeit des notariell beurkundeten Vertrages ohne weiteres angenommen. Die Klägerin kann den in ihrer nachträglichen Genehmigung liegenden Verzicht auf Anfechtung nicht mehr widerrufen. Sie mußte von Anfang an wissen, daß sie die ihr schädliche Wirkung des Kaufvertrags, wie er beurkundet wurde, nur durch Anfechtung beseitigen könne, da sie nach der zwingenden Vorschrift des Art. 14 des Not.G. über die rechtliche Hinfälligkeit der nicht verbrieften Vereinbarungen nicht im Zweifel sein konnte. Wenn sie gleichwohl bei den notariell verbrieften Vertragsbestimmungen beharrte und deren Vollzug gerichtlich begehrte, angeblich wegen der irrigen Voraussetzung, daß Beklagter freiwillig sie halten werde, so kann ihr dieser lediglich den Beweggrund für die nachträgliche Genehmigung bildende Irrtum nichts nützen und die angeblich getäuschte Erwartung nicht die rechtliche Handhabe bieten, nunmehr auf die Anfechtung des genehmigten Vertrages zurückzugreifen. Ob der Beklagte durch sein Vorbringen im Vorprozesse, wonach er seine angeblich zur Deckung des nicht verbrieften Kaufpreismehrbetrages von 2000 Mk. bestimmten Gegenforderungen auf den eingeklagten Rest des notariell beurkundeten Kaufpreises aufrechnen will, arglistig gehandelt hat, ist hier nicht von Belang, weil hiedurch die Kraft des in der Vorklage liegenden Verzichts auf Anfechtung nicht beeinflußt wird; es soll indes bemerkt sein, daß der Beklagte durch Nichtanerkennung der bloß mündlichen Vereinbarungen nicht gegen Treu und Glauben verstoßen haben würde, weil er sich darauf berufen könnte, gesetzlichen Bestimmungen, nämlich dem Art. 14 des Not.G. entsprechend gehandelt zu haben (Entsch. des Oberst. LG. Bd. XVI S. 131).*) H.

## Literatur.

**Pfordten von der, Theodor,** II. Staatsanwalt im Kgl. bayer. Staatsministerium der Justiz. **Kommentar zu dem Gesetze über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung** vom 24. April 1897. München 1905, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oskar Beck). Brosch. Mk. 11.—. Gebd. Mk. 12.50.

Mit dem 1. Mai 1905 wird in einem großen Teile Bayerns das Grundbuchrecht und damit auch das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung in Kraft treten. Der Verfasser beabsichtigte, vor allem der bayerischen Praxis ein Hilfsmittel zu bieten, das ihr den gegenwärtigen Stand der Auslegung dieses Gesetzes in ausführlicher und möglichst erschöpfender Weise, aber doch in gedrängter Form veranschaulicht. Der Kommentar kommt den von seinem Verfasser gesteckten Zielen in jeder Hinsicht nach. Die Erläuterungen zu den einzelnen Gesetzesbestimmungen sind in zusammenhängender Darstellung und Entwicklung, in klarer Sprache und unter gründlicher Darlegung der Beziehungen zum materiellen Rechte gegeben. Die Literatur und die bisher hervorgetretenen Meinungsverschiedenheiten in Einzelfragen

*) Nach neuem Recht würde anders zu entscheiden sein, vgl. diese Zeitschr. S. 8. Der Eins.

sind auf das sorgfältigste zusammengestellt. Ueber die Lösung der Einzelfragen läßt sich natürlich streiten; soweit ich aber sehe, haben den Verfasser dabei überall ein eminent praktischer Sinn und eine recht glückliche Hand geführt. Das Werk dürfte für den bayrischen Juristen am brauchbarsten von allen bisher erschienenen Kommentaren sein. Die besonderen Bestimmungen der bayrischen Gesetzgebung sollen in einem Anhangbande erläutert und durch Beifügung der einschlägigen Verordnungen und Ministerialbekanntmachungen ergänzt werden. Die Bearbeitung dieses Anhanges hat Herr Amtsrichter Andreas Grieser im Kgl. bayr. Staatsministerium der Justiz übernommen. Der Verfasser selbst hat die Erwartung ausgesprochen, daß sein Werk auch in anderen deutschen Staaten Beachtung finden werde. Daß sich diese Hoffnung bei einem Kommentare erfüllen wird, der bei aller Knappheit der Darstellung die denkbar gründlichste Gesetzesauslegung bietet, darüber dürfte kein Zweifel obwalten. Die Benutzung des Werkes soll den nicht-bayrischen Juristen dadurch erleichtert werden, daß auch für andere Bundesstaaten besondere Anhangbände erscheinen, welche den gesamten Stoff behandeln, soweit er landesrechtlich durch Gesetz und Verordnung geregelt ist.

Amtsrichter und Privatdozent Dr. Kreß.

**Stade, Reinhold,** Superintendent a. D. in Weimar. Durch eigene und fremde Schuld. Kriminalistische Lebensbilder. Leipzig 1904. Dörffling und Franke. Brosch. Mk. 3.50. Gebd. Mk. 4.50.

Stade war lange Jahre in der Gefängnisseelsorge tätig. Er hat sich, wie aus allen seinen Schriften hervorgeht, dieser Aufgabe mit voller Hingabe gewidmet. Das bedeutet, daß er uns viel zu sagen weiß, was beachtet und erwogen zu werden verdient. Der Seelsorger, der das Vertrauen seiner Pfleglinge genießt, erfährt von ihnen manches, was sie sonst niemand offenbaren, und vermag darum die Entstehungsgeschichte seltsamer und unbegreiflicher Taten oft mit einer Klarheit zu überblicken, die jedem anderen versagt ist. Freilich gehört dazu eine sichere Beobachtungsgabe, ein tiefgehendes Mitempfinden, das auch den verworrenen, sprunghaften Entschlüssen des auf falschen Bahnen wandelnden Menschen zu folgen vermag, ein feines Gefühl für die oft so regelwidrige Wirkung der äußeren Anstöße auf die aus irgendwelchem Grunde des seelischen Gleichgewichtes darbenden Naturen. Daß Stade diese Eigenschaften besitzt, beweisen seine früheren Werke, beweist auch seine neue Arbeit. Er gibt darin außerordentlich sorgfältig gefaßte Bilder aus dem Seelenleben bestrafter Personen — nicht Verbrecher im gewöhnlichen Sinne, sondern irrender Brüder und Schwestern, die, wie der Titel des Buches sagt, durch eigene und fremde Schuld immer tiefer gesunken sind. Der Wert des Buches für den Kriminalisten fällt nicht ins Auge, offenbart sich aber beim genauen Studium des Buches sehr deutlich. Es handelt sich hier um eine nahezu mikroskopisch zu nennende Zergliederung von Seelenvorgängen, die zu höchst beachtenswerten Ergebnissen führt. Wir legen aus gutem Grund immer mehr Gewicht auf die Motive der strafbaren Handlungen. Wie man die oft so tief liegenden und nicht selten dem Handelnden selbst nicht klar erkennbaren Motive herausschälen muß, um sie der rechten Würdigung zuzuführen, dafür ist Stades Darstellungsart ein vortreffliches Beispiel.

Oberamtsrichter Miß.

## Notizen.

Zur Ausführung der gesetzlichen Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen ist für die Bezirke, in denen das Grundbuch am 1. Mai 1905 als angelegt anzusehen ist, am 31. März d. Js. eine Bekanntmachung des Justizministeriums ergangen (Nr. 6 des JMBl. S. 587—591). Dem Inhalte nach sind ihre Anordnungen formeller Art. In Ergänzung der im 1. Titel des Zwangsversteigerungsgesetzes enthaltenen allgemeinen Vorschriften treffen die §§ 1 u. 2 Vorschriften über das Zustellungswesen, insbesondere über die Zustellung durch Aufgabe zur Post, und über die in den §§ 6 u. 7 ZwVG. vorgesehene Bestellung eines Zustellungsvertreters, welcher der Fall der Aufstellung des Vertreters eines unbekannten Beteiligten (§ 135 ZwVG.) angereiht wird. Die Vorschriften über das Versteigerungsverfahren finden nähere Ausführung in den §§ 3 bis 7 u. 9. § 3 regelt die Tätigkeit des Versteigerungsbeamten vor der Anberaumung des Versteigerungstermins; er erläßt namentlich Anordnungen über die Erholung des Katasterauszugs sowie über die Ermittlung der Brandversicherungssumme beschlagnahmter Gebäude, der nicht im Grundbuch eingetragenen Rechte und der Richtigkeit der im Grundbuche vorgetragenen Wertsangaben. Die §§ 4 bis 7 bringen ergänzende Anordnungen zu den Vorschriften des Zwangsversteigerungsgesetzes über die Bestimmung des Versteigerungstermins (§§ 35 ff.), und zwar in § 4 hinsichtlich der Anberaumung des Termins im Falle der Beschädigung beschlagnahmter Gebäude durch Brand, in § 5 hinsichtlich der Bezeichnung der Grundstücke in der Terminsbestimmung und in §§ 6 u. 7 hinsichtlich der Mitteilung der Terminsbestimmung an andere Behörden und der Einrückung in die Blätter. Der § 9 trifft Vorsorge für die Rückgabe der vom Grundbuchamte dem Vollstreckungsgerichte übersendeten Urkunden nach der Beendigung des Verfahrens. Mit dem Zwangsverwaltungsverfahren beschäftigt sich der § 10; er sieht besondere Anordnungen über die dem Verwalter auszuhändigende Bestallung sowie über die ihm zu gewährende Vergütung vor. In § 8 findet sich eine Bestimmung, der besondere Bedeutung zukommt. Der § 8 enthält eine Anweisung für die Feststellung des Wertes der Grundstücke in den Fällen der §§ 64, 112 ZwVG. Diese bezieht sich aber, was nicht übersehen werden darf und aus dem Wortlaute klar hervorgeht, nur auf die Tätigkeit des Versteigerungsbeamten selbst. Dagegen enthält er nicht die Grundsätze für die Feststellung des Wertes im Sinne des § 11 EG. z. ZwVG. und des Art. 29 AG. z. ZwVG., also nicht Anweisungen für die Vornahme der Schätzung als solcher. Hinsichtlich dieser bewendet es bei den bisherigen Vorschriften. Eine gemeinschaftliche Entschließung der Staatsministerien der Justiz und des Innern auf Grund des Art. 29 AG. z. ZwVG. ist bisher nicht ergangen.

Dr. Schanz.

Die von dem verstorbenen Justizrat **Dr. Hermann Staub** herausgegebenen Kommentare werden, wie wir erfahren, z. B. auf Grund des von ihm hinterlassenen reichhaltigen und wertvollen Stoffs durch bekannte Juristen neu bearbeitet. Für den **Kommentar** zum Handelsgesetzbuch sind Reichsgerichtsrat Könige und die Berliner Justizräte Stranz und Pinner gewonnen. Der Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaften m. b. H. hat in Rechtsanwalt Dr. M. Hachenburg in Mannheim seinen Bearbeiter gefunden. Auch der Kommentar zur Wechselordnung wird fortgesetzt. Die Lebenswerke Staubs bleiben also erhalten.

Der im Erscheinen begriffene bekannte **Kommentar zum bayer. Notariatsgesetz** von Justizrat **Kaisenberg** wird nach dem kürzlich erfolgten Ableben des Verfassers von Notar Dr. Karl Schad, dem Verfasser des Kommentars zum bayer. Nachlaßgesetz, vollendet. Der Abschluß des Werkes ist jetzt bald zu erwarten, weil schon größere Teile der noch folgenden Abschnitte im Manuskript fertig vorliegen.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, II. Staatsanwalt im K. Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

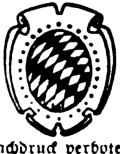
Nr. 10. München, den 15. Mai 1905. 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 20.

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).



Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 20. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum, Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.



## Die Kostenfestsetzung im Urteile.

Von Amtsrichter **August Kling** in München.

Seit einigen Monaten wirken die Civilstreitrichter bei dem Amtsgerichte München I darauf hin, daß, wie dies auch an den Amtsgerichten in anderen größeren Städten, so namentlich in Nürnberg, Frankfurt a. M., Straßburg, Köln, Hannover geschieht, der Betrag der zu erstattenden Prozeßkosten, soferne er sofort zu ermitteln ist, im Urteile festgesetzt wird. Ein Teil der Münchener Rechtsanwälte steht dem neu eingeführten Verfahren sympathisch gegenüber, während der andere sich ablehnend verhält. Von den Gegnern wird die ablehnende Haltung vornehmlich mit dem Hinweise darauf begründet, daß die Kostenfestsetzung im Urteile in einer Großstadt wie München in Anbetracht der Geschäftslast der Civilstreitrichter und der in einer Sitzung in der Regel in ziemlich beträchtlicher Anzahl anfallenden Versäumnis- und Anerkenntnisurteile unzweckmäßig und nur unter erheblichen Nachteilen für die Rechtsanwälte durchführbar sei, welche bei der Anwendung dieses Verfahrens bei der Erwirkung von Versäumnis- und Anerkenntnisurteilen über Gebühr lange in einem Sitzungssaale festgehalten und dadurch in der Ausübung ihrer anderweitigen Berufstätigkeit, insbesondere in der Wahrnehmung der Termine vor den Kollegial-Gerichten, beeinträchtigt werden.

Mit Rücksicht darauf, daß es sich bei der Frage der Kostenfestsetzung im Urteile um eine Rechtsmaterie handelt, welche vermöge ihres vielfältigen Auftretens und ihrer zahlreichen Anwendungsfälle in der Praxis das Interesse der Amtsgerichte und Rechtsanwälte in hohem Maße berührt, dürfte es nicht unangebracht erscheinen, kurz diese Art der Festsetzung im allgemeinen sowie ihre Zweckmäßigkeit und Durchführbarkeit in einer größeren Stadt zu erörtern.

I. Vor dem Inkrafttreten der Novelle zur Civilprozeßordnung vom 17. Mai 1898 hat die Festsetzung der der siegenden Partei von dem Gegner zu erstattenden Kosten des Rechtsstreites stets in einem besonderen Verfahren stattgefunden, welches darin besteht, daß auf Grund eines zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titels ein schriftliches Gesuch, welches auch vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden kann, samt der Kostenberechnung, der zur Mitteilung an den Gegner bestimmten Abschrift und den zur Rechtfertigung der einzelnen Ansätze dienenden Belegen bei dem Gerichte erster Instanz angebracht wird, daß auf Grund dieses Gesuches ein Kostenfestsetzungsbeschluß erlassen und daß eine einfache Ausfertigung dieses Beschlusses der zur Erstattung der Kosten verpflichteten Partei, eine vollstreckbare Ausfertigung aber der erstattungsberechtigten Partei zugestellt wird (vgl. §§ 104, 105 CPO.).

Neben dieses Verfahren, welches noch unverändert fortbesteht, hat die Novelle z. CPO. in Anlehnung an § 49 Abs. 1 Ziff. 4 des Ges. über die Gewerbegerichte vom 29. Juli 1890 (nunmehr in der neuen Fassung vom 29. September 1901) für das Verfahren vor den Amtsgerichten ein abgekürztes Verfahren gestellt. In amtsgerichtlichen Streitsachen kann nämlich auf Grund des durch die Novelle eingefügten § 103 CPO. der Betrag der zu erstattenden Prozeßkosten, wenn er sofort zu ermitteln ist, in dem Urteile festgesetzt werden. Falls das Gericht von diesem Verfahren, durch welches das gesonderte Kostenfestsetzungsverfahren nach §§ 104 ff. l. c. erspart wird, Gebrauch macht, so liegt eine Verbindung der Entscheidung über die Kostenpflicht als Bestandteil des Urteils mit einem Beschlusse über die Höhe der zu erstattenden Kosten vor. Der Umstand, daß die Kostenfestsetzung im Urteile erfolgt ist, ändert an dem Charakter des bezüglichen Ausspruches als eines Beschlusses nichts. Auch gegen die im Urteile erfolgte Kostenfestsetzung findet ebenso wie gegen die Kostenfestsetzung gemäß §§ 104 ff. a. a. O. ausschließlich das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde statt; denn die Kostenfestsetzung im Urteile ist ein mit dem Urteile verbundener Beschluß, welcher unabhängig von der im Urteile getroffenen

Sach- und Kostenentscheidung der Anfechtung unterliegt.

In der Begründung zur Novelle S. 89 ist bei der einschlägigen gesetzlichen Bestimmung angeführt, daß sie dem Interesse der Beteiligten diene, sofern die mit dem besonderen Festsetzungsverfahren verbundenen Weiterungen und Kosten vermieden werden. Bemerkt mag auch werden, daß bei der Beratung der Novelle der bayerische Bundesratsbevollmächtigte erklärt hat, daß die Kostenfestsetzung im Urteile sich in Bayern unter dem dort früher geltenden Verfahren durchaus bewährt habe und daß die Praxis einen Weg finden werde, um die neue Bestimmung, die eine wesentliche Vereinfachung und Kostenersparnis bedeute, sich nutzbar zu machen (s. Kommissionsbericht über die Novelle z. CPO. S. 41). Im Laufe der Beratungen über die Novelle in der Reichstagskommission wurde auch die Frage aufgeworfen, ob bei Festsetzung der Kosten in Versäumnisurteilen auch bezüglich der Höhe der Kosten das Kontumazialprinzip Platz greife, also eine Nachprüfung der Kostenansätze im Offizialverfahren unterbleibe. Diese Frage wurde mit Recht verneint; auch in Versäumnissachen sind die einzelnen Kostenansätze zu prüfen und können nur nach Glaubhaftmachung festgesetzt werden.

II. Der von manchen vertretenen Rechtsanschauung, daß bei dem Vorliegen der Voraussetzungen des § 103 der Richter die Kosten von Amts wegen festsetzen könne, kann nicht beigetreten werden. Auch diese Art des Festsetzungsverfahrens setzt einen Antrag der Partei voraus; der Richter ist gemäß § 308 CPO. nicht berechtigt, einer Partei etwas zuzusprechen, was sie nicht beantragt hat. Ein Eingreifen des Richters von Amts wegen ist hier auch um deswillen nicht angängig, weil ja die Partei darauf verzichten kann, die ihr von dem unterlegenen Gegner zu erstattenden Kosten festsetzen zu lassen, und solchenfalls für ein Festsetzungsverfahren kein Raum ist. Des weiteren ist eine Kostenfestsetzung von Amts wegen mit Rücksicht darauf ausgeschlossen, daß die Durchführung des Verfahrens nach § 103 unmöglich ist, wenn die Partei ihre Mitwirkung versagt, insbesondere dem Richter die erforderlichen tatsächlichen Unterlagen nicht beibringt. In einem solchen Falle ist der Richter außer stande, die Höhe der der Partei erwachsenen Kosten zu bemessen, hat also von einer Kostenfestsetzung im Urteile abzusehen.

Eine andere Frage ist die, ob, falls die Voraussetzungen des § 103 zutreffen und ein Festsetzungsantrag von der Partei gestellt ist, es in dem freien Belieben des Richters steht, ob er von § 103 Gebrauch machen will oder nicht. Seuffert sagt hierüber in seinem Kommentar z. CPO. Bd. I S. 171, aus der fakultativen Fassung („kann") des § 103 sei nicht zu folgern, daß das Gericht die beantragte Festsetzung beliebig unterlassen dürfe, obwohl der festzusetzende Betrag sofort zu ermitteln sei; denn die Abstellung auf das richterliche Ermessen setze hier wie an anderen Stellen der CPO. z. B. § 96 daselbst (vgl. auch § 92 Abs. 2 ebenda) einen pflichtgemäßen Gebrauch der Ermessensfreiheit voraus. Dieser Deduktion ist beizupflichten; die Partei darf da, wo es sich um ihre Interessen handelt, nicht auf die Willkür des einzelnen Richters angewiesen sein, sondern es ist Ehren- und Amtspflicht des Richters, wohlbegründeten Interessen der Partei Rechnung zu tragen und sie in den geeigneten Fällen der Vorteile des abgekürzten Verfahrens nach § 103 teilhaftig werden zu lassen.

Diese Vorteile sind unleugbar sehr beträchtlich; sie bestehen vor allem in größerer Beschleunigung, Vereinfachung sowie Verbilligung des Festsetzungsverfahrens gegenüber dem gesonderten Verfahren nach §§ 104 ff. und kommen teils dem Gläubiger, teils sowohl dem Gläubiger als auch dem Schuldner zu Gute. Dem Gläubiger kommt das Verfahren nach § 103 insoferne zu statten, als die Festsetzung der Kosten und deren Beitreibbarkeit wesentlich erleichtert, vereinfacht und beschleunigt wird. Er erhält alsbald mit dem Urteile auch einen Vollstreckungstitel bezüglich der Höhe der ihm von dem unterlegenen Gegner zu erstattenden Kosten und muß nicht erst, wie in den Fällen der §§ 104 ff., ein gesondertes Kostenfestsetzungsverfahren durchführen, sondern kann auf Grund des Urteils mit der Hauptsache sofort auch die Kosten zur Vollstreckung bringen. Hauptsächlich in dringlichen Sachen, wenn Gefahr im Verzuge ist, hat der Gläubiger ein sehr erhebliches Interesse daran, daß er sich gleichzeitig mit dem Vollstreckungstitel über die Hauptsache sofort in den Besitz eines Vollstreckungstitels über die zu erstattenden Kosten setzt. Beiden Parteien ist das abgekürzte Festsetzungsverfahren insoferne nutzbringend, als die besonders bei kleinen Streitsummen unverhältnismäßig hohen Kosten herabgesetzt werden. Dem im Prozesse unterlegenen Schuldner ist das Verfahren nach § 103 um deswillen vorteilhafter als das Verfahren nach §§ 104 ff., weil es bedeutend billiger ist. Bei dem abgekürzten Verfahren fallen verschiedene den Schuldner treffende Kosten, nämlich die Anwaltsgebühr für den Kostenfestsetzungsantrag (§ 23 Ziff. 1 GO. f. RA.), die Schreibgebühren des Rechtsanwaltes für diesen Antrag samt Kostenrechnung, die Gerichtsgebühr für den Kostenfestsetzungsbeschluß (§ 38 Ziff. 1 GKG.), die gerichtlichen Schreibgebühren für die einfache und vollstreckbare Ausfertigung dieses Beschlusses und die Kosten für die Zustellung der beiden Ausfertigungen weg; ferner werden hiebei die gesonderte Betreibung der Zwangsvollstreckung zunächst für die Hauptsache und später für die festgesetzten Kosten und die durch zweifaches Vollstreckungsverfahren entstehenden Mehrkosten vermieden. Die Verbilligung

des Verfahrens wirkt auch zugunsten des Gläubigers, wenn er einem zahlungsunfähigen Schuldner, von welchem die Kosten nicht beigetrieben werden können, gegenübersteht; denn in einem solchen Falle hat er selbst für die entstandenen Kosten aufzukommen und ein Interesse daran, daß in der Prozeßsache nicht mehr Kosten erwachsen, als unumgänglich notwendig waren. Wie nebenbei erwähnt werden mag, ist eine für die Amtsgerichte und manche Anwaltskanzleien erwünschte Folge des abgekürzten Festsetzungsverfahrens die außerordentliche Verringerung des Schreibwerkes und der Fortfall einer nachträglichen Tätigkeit behufs Herbeiführung der Kostenfestsetzung.

III. Angesichts der schwerwiegenden Vorteile, welche das Verfahren nach § 103 für das Recht suchende Publikum im Gefolge hat, hat der Richter darauf Bedacht zu nehmen, daß von der Anwendung dieses Verfahrens ein tunlichst weitgehender Gebrauch gemacht wird. Als einfach gelagerte Sachen, bei denen der festzusetzende Betrag sofort ermittelt werden kann, sind in der Regel die ohne vorgängige streitige Verhandlung ergehenden Versäumnis- und Anerkenntnisurteile anzusehen. Auszuscheiden haben hiebei die Fälle, in denen einem Rechtsanwalte von einem auswärts wohnenden Kollegen eine Streitsache zur Wahrnehmung des Termines übertragen wird; denn diesfalls wird der Substitutionsanwalt nur selten die bei dem auswärtigen Prozeßbevollmächtigten angefallenen Kosten bekannt geben können.

Falls diese Voraussetzung nicht zutrifft, wird in der Regel der zu erstattende Kostenbetrag sofort festgestellt werden können.

Wenn der Anwalt durch seinen Kanzleibediensteten in jeder amtsgerichtlichen Sache einen fortlaufenden, allezeit evident gehaltenen Kostenzettel führen läßt, so ist er bei Aufruf der Sache im Termine stets imstande, dem Richter die Kostenansätze mitzuteilen und ihm die zur Festsetzung notwendige Unterlage zu beschaffen; die alsbaldige Ermittelung des zur Festsetzung gelangenden Kostenbetrages stößt in einem solchen Falle auf keine Schwierigkeiten.

IV. Ein Zwang, an Stelle des Verfahrens nach §§ 104 ff. von dem Verfahren nach § 103 Gebrauch zu machen, kann von dem Richter auf die um Kostenfestsetzung nachsuchende Partei nicht ausgeübt werden, es steht vielmehr in ihrem freien Belieben, ob sie die von dem Gegner zu erstattenden Kosten auf dem einen oder auf dem anderen Wege festsetzen lassen will. Eine andere Frage ist jedoch die, ob insoferne von dem Gerichte eine Einwirkung auf die Partei oder deren Prozeßbevollmächtigten bei der Wahl zwischen den beiden ihnen zur Herbeiführung der Kostenfestsetzung zu Gebote stehenden Wegen ausgeübt werden kann, als dem um die Kostenfestsetzung Nachsuchenden die infolge der Durchführung des gesonderten Verfahrens entstehenden Mehrkosten zur Last gelegt werden können, wenn er die Kosten ohne gerechtfertigten Grund nicht im Urteile festsetzen läßt, sondern das kostspieligere Verfahren nach §§ 104 ff. einschlägt, obwohl ihm bekannt war, daß der Richter zur Festsetzung im Urteile bereit sei, und obgleich der festzusetzende Kostenbetrag, falls der Antragsteller seine Mitwirkung hiezu nicht versagt haben würde, sofort zu ermitteln gewesen wäre. Und zwar wären in einem solchen Falle die Gebühr und die Schreibauslagen des Anwaltes für den Kostenfestsetzungsantrag als nicht erstattungsfähig abzustreichen und die durch den gesonderten Kostenfestsetzungsantrag erwachsenden gerichtlichen Kosten dem Antragsteller aufzuerlegen.

Die Frage wird mit Recht von Neumiller (Kommentar z. CPO.) als bestritten bezeichnet. Für die Verneinung sprechen sich aus: ein Beschl. d. OLG. Breslau vom 25. September 1902 im „Recht" 1902 S. 511 Nr. 2392, ein Aufsatz des Rechtsanwalts Lübke in Arnsberg in der nämlichen Zeitschrift 1901 S. 276, ein Beschl. d. LG. Beuthen vom 30. Oktober 1901 in der Jur. Wochenschr. 1901 S. 887, 888, je ein Beschl. d. LG. Metz vom 31. Mai 1901 u. d. LG. Elberfeld vom 15. Juni 1900 in Soergels Rechtsprechung 1900/01 S. 348, eine Erörterung d. RA. Maximilian Kahn in München in der Justizdienstl. Rundschau 4. Jahrg. S. 33 ff. und ein mir vorliegender Beschl. d. V. CK. d. LG. München I vom 1. April 1905. Dagegen wird die Frage bejaht in einem Beschl. d. LG. Lüneburg vom 12. Juli 1901 im „Recht" 1901 S. 469 Nr. 1915, einem Beschl. d. LG. L. in der Jur. Wochenschr. 1901 S. 871, 872, zwei mir vorliegenden Beschl. d. LG. Nürnberg vom 10. Mai 1902 u. 24. April 1903 (welches übrigens, soviel ich gehört habe, auch später die Frage stets in gleichem Sinne gelöst hat), einer Abhandlung des LGR. Philipp in Nürnberg in den Bl. f. RA. Bd. 67 S. 276 ff., einem mir vorliegenden Beschl. d. VII. CK. d. LG. München I vom 5. April 1905 und in Seufferts Komm. z. CPO. 9. Aufl. Bd. I S. 174 lit. f.

Von denjenigen, welche die erwähnte Frage verneinen, wird hauptsächlich folgendes angeführt: Das nach dem Gesetze der Partei nach ihrem freien Belieben zustehende Wahlrecht zwischen den beiden in Frage kommenden Verfahren dürfe nicht durch Kostennachteile eingeschränkt werden. Die bei Durchführung des gesonderten Festsetzungsverfahrens erwachsenden Mehrkosten seien schon um deswillen als erstattungsfähig anzusehen, weil die beiden Arten des Festsetzungsverfahrens in gleicher Weise zweckentsprechend seien und das Gesetz dadurch, daß es der Partei die Wahl überlassen habe, zum Ausdruck gebracht habe, daß es jede der beiden Arten als zweckentsprechend erachte. Die Frage, ob ein bestimmtes Verfahren zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig gewesen sei, unterliege überhaupt nicht der Prüfung des Gerichts.

Ebensowenig wie das Gericht die Mehrkosten des ordentlichen Prozeßverfahrens dem siegenden Kläger überbürden dürfe, wenn es die Ueberzeugung gewinne, daß der Kläger im Mahnverfahren oder im Urkundenprozesse den beabsichtigten Erfolg ebenso gut hätte erreichen können, dürfe der hier in Betracht kommende, durch das Verfahren nach §§ 104 ff. verursachte Mehrkostenbetrag dem Gläubiger zur Last gelegt werden.

Diese Gründe erscheinen mir nicht als stichhaltig, ich trete vielmehr der Ansicht derjenigen bei, welche in einem so gelagerten Falle annehmen, daß die durch das Verfahren nach §§ 104 ff. entstandenen Mehrkosten **nicht** als erstattungsfähig anzusehen und die gerichtlichen Kosten des Festsetzungsverfahrens dem Antragsteller aufzuerlegen sind. Hiezu bestimmen mich nachstehende Erwägungen: Bei der Beurteilung der Frage ist die auch für das Kostenfestsetzungsverfahren maßgebende Vorschrift in § 91 Abs. 1 CPO. zugrunde zu legen, wonach die unterliegende Partei die dem Gegner erwachsenen Kosten zu erstatten hat, soweit sie nach freiem Ermessen des Gerichts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig waren; also nur die „notwendigen" Kosten sind der siegenden Partei zu erstatten. Wenn eine Partei oder deren Prozeßbevollmächtigter, obwohl sich der Richter zur sofortigen Kostenfestsetzung im Urteile in einem hierzu geeigneten Falle bereit erklärt hat, die Mitwirkung zur alsbaldigen Festsetzung ohne berechtigten Grund verweigert und das kostspieligere gesonderte Festsetzungsverfahren einschlägt, so können die hierdurch hervorgerufenen Mehrkosten nicht als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig angesehen und es kann deshalb auch deren Ersatz nicht begehrt werden. Der die Kostenfestsetzung Betreibende hat in den Fällen, in welchen ihm das einwandfreie richterliche Ermessen den Weg zeigt, diesen Weg zu gehen; geht er ihn nicht, sondern wählt er gleichwohl den Weg der §§ 104 ff., so hat er für die hierdurch verursachten Mehrkosten selbst aufzukommen. Zweck der Bestimmung in § 103 ist, wie auch aus der Begründung der Novelle zur Zivilprozeßordnung zu entnehmen ist, das Kostenfestsetzungsverfahren in amtsgerichtlichen Sachen in den hierzu geeigneten Fällen billiger zu gestalten, und es darf keineswegs der Willkür der Partei anheimgegeben sein, diesen im wohlverstandenen Interesse des Recht suchenden Publikums bezielten Zweck des Gesetzes zu vereiteln. Die Bestimmung in § 91 CPO. will verhüten, daß der kostenpflichtigen Partei unnötige Kosten verursacht werden; wählt also die Partei, obwohl die Voraussetzungen des § 103 vorliegen, den Weg des gesonderten Festsetzungsverfahrens, so darf dies nicht auf Kosten des Gegners geschehen, sondern der Antragsteller muß es sich gefallen lassen, daß die Mehrkosten ihm selbst zur Last fallen. Freilich ist die eine der beiden Arten des Festsetzungsverfahrens ebenso zweckmäßig wie die andere, weil beide zu dem gewünschten Ziele führen, und freilich steht es im Belieben der Partei, welche der beiden Arten des Festsetzungsverfahrens sie wählen will; aber diese beiden Gesichtspunkte dürfen absolut nicht mit der Frage verquickt werden, ob es für die siegende Partei notwendig gewesen ist, das kostspieligere Verfahren einzuschlagen. Wenn sie dieses Verfahren gewählt hat, obwohl ihr das billigere Verfahren ohne jeden Nachteil zu Gebote gestanden wäre, so hat sie die aus § 91 CPO. sich ergebende Konsequenz ihrer Wahl auf sich zu nehmen und kann nicht die Erstattung von Kosten verlangen, welche überflüssig und unnütz gewesen sind.

Die Argumentation, daß ebensowenig, wie die durch Wahl des ordentlichen Prozeßverfahrens an Stelle des Mahnverfahrens oder des Urkundenprozesses entstandenen Mehrkosten der siegenden Partei überbürdet werden dürfen, dies bei den hier in Rede stehenden Mehrkosten der Fall sein darf, dürfte nicht zutreffend sein. Es kann unter Umständen für den Gläubiger mit Nachteilen verknüpft sein, wenn er an Stelle des ordentlichen Prozeßverfahrens vom Mahnverfahren oder Urkundenprozesse zur Verfolgung seines Rechtsanspruches Gebrauch macht; auch ist es oft nicht ganz sicher, ob diese beiden Rechtsbehelfe ebenso gut wie das ordentliche Prozeßverfahren den Gläubiger zum Ziele führen. Dies kann z. B. im Urkundenprozesse schon um deswillen in Frage gestellt sein, weil hier der Kläger in den Beweismitteln beschränkt ist. Es kann also bei der Wahl des ordentlichen Prozeßverfahrens an Stelle der vorbezeichneten Rechtsbehelfe von dem Gerichte im einzelnen Falle nicht mit Bestimmtheit festgestellt werden, ob das billigere Verfahren für den Gläubiger ebenso zweckentsprechend gewesen wäre als das kostspieligere ordentliche Verfahren. Dagegen ist das Gericht in vielen Fällen sehr wohl in der Lage, festzustellen, daß der die Kostenfestsetzung Betreibende ohne jedweden Nachteil das billigere Verfahren nach § 103 an Stelle des teuereren nach §§ 104 ff. durchzuführen in der Lage gewesen wäre und es lediglich an dem mangelnden guten Willen, von dem Verfahren nach § 103 Gebrauch zu machen, gelegen ist, wenn die Mitwirkung zur Durchführung dieses Verfahrens abgelehnt worden ist.

Hervorgehoben mag noch werden, daß, wenn sich der Richter in dem im Verfahren nach §§ 104 ff. ergehenden Kostenfestsetzungsbeschlusse darauf beschränkt, die durch das Festsetzungsgesuch entstandene Gebühr und die Kopialien des Anwalts zu streichen und die Gerichtskosten des Festsetzungsverfahrens dem Antragsteller zur Last zu legen, weil er ohne Rechtfertigungsgrund von dem Verfahren nach § 103 keinen Gebrauch gemacht hat, eine gegen diesen Beschluß von dem Antragsteller eingelegte Beschwerde im Hinblick auf

die auch auf Beschwerden gegen Kostenfestsetzungsbeschlüsse Anwendung findende Bestimmung in § 99 Abs. 1 CPO. als unzulässig zurückzuweisen ist. Denn in einem solchen Falle greift die Beschwerde den Festsetzungsbeschluß lediglich im Kostenpunkt an, in den auch die außergerichtlichen Kosten des Festsetzungsverfahrens, nämlich der Gebühren- und Kopialienanspruch des Rechtsanwaltes für den Festsetzungsantrag, fallen, nicht aber auch in der Hauptsache, als welche hier der festgesetzte Betrag der zu erstattenden Kosten des Rechtsstreites mit Ausnahme der durch den Festsetzungsantrag entstandenen anzusehen ist (vgl. Gaupp-Stein: Komm. z. CPO. 4. Aufl. Bd. I S. 271 Z. III; Petersen-Anger: Komm. z. CPO. 4. Aufl. Bd. I S. 256; Entsch. d. RG. vom 12. Juli 1899, Jur. Wochenschr. 1899 S. 606 Z. 3; „Recht“ 1901 S. 264 Nr. 963 u. 1904 S. 337 Nr. 1548).

V. Anlangend die Frage, ob es in einer größeren Stadt zweckmäßig und durchführbar ist, von dem Verfahren nach § 103 Gebrauch zu machen, so hat Gaupp-Stein a. a. O. Bd. I S. 279 der Meinung Ausdruck verliehen, daß in größeren Städten das Gericht in Anbetracht seiner Geschäftslast es regelmäßig unterlassen wird, von dieser Befugnis Gebrauch zu machen. Nach meinem Dafürhalten läßt sich dieses Verfahren bei gutem Willen der Beteiligten auch in größeren Städten durchführen. In der Zeit, während deren es bei dem Amtsgerichte München I angewendet wird, haben sich seiner Durchführung nennenswerte Schwierigkeiten nicht entgegengestellt, im Gegenteil, es hat sich bis jetzt durchaus bewährt und auch in den Reihen der Anwaltschaft manchen Anhänger gefunden. In Sachen, in welchen die siegende Partei von einem Anwalte nicht vertreten wird, erleidet der Fortgang der Verhandlungen, weil die Kosten sehr rasch festgesetzt sind, gar keine beachtliche Verzögerung; aber auch in Sachen, in welchen ein Anwalt die siegende Partei vertritt, ist die Verzögerung nicht sehr beträchtlich, insbesondere dann nicht, wenn die Anwälte es sich angelegen sein lassen, wohlvorbereitete Kostenverzeichnisse zum Termine mitzubringen und sie — eventuell unter Zuhilfenahme der bei Gericht aufliegenden Gebührentabellen — veranlaßten Falles vor Aufruf der Sache zu ergänzen. Es läßt sich ja nicht verkennen, daß das Verfahren nach § 103 für einen vielbeschäftigten Anwalt in einer größeren Stadt, der auf möglichst rasche Abwicklung seiner Terminssachen, vor allem der minder wichtigen, sein Augenmerk zu richten hat, manche Unbequemlichkeiten und Störungen mit sich bringt; aber dieser Umstand kann gegenüber den erheblichen Vorteilen, welche für das Recht suchende Publikum mit dem abgekürzten Verfahren verbunden sind, nicht ins Gewicht fallen. Man muß auch hier sagen: Wo ein Wille ist, ist auch ein Weg, diesen Willen auszuführen.

## Benachrichtigung der Hypothekgläubiger vom Eigentumswechsel.

Von Dr. Dennler, Notar in Lauf.

Wie das Oberlandesgericht Dresden (Beschl. vom 21. März 1901, Rspr. d. OLG. II 492 c, vom 16. März 1904, Entsch. RJA. IV 183) und das Kammergericht (Entsch. vom 14. Dezember 1903, Johow-Ring, Jahrb. 28 A. 155), hat jetzt auch das Oberlandesgericht Colmar (Beschl. vom 6. Dezember 1904, Rspr. d. OLG. X S. 102) ausgesprochen, daß ein Recht der Hypothekgläubiger auf Benachrichtigung von der Eintragung eines Eigentumswechsels durch das Grundbuchamt nach § 55 GBO. nicht bestehe.

Das Oberlandesgericht Dresden und das Kammergericht folgern ihre Entscheidung aus der Entstehungsgeschichte des § 55, insbesondere daraus, daß die im ersten Entwurf der Grundbuchordnung enthaltene, dem jetzigen § 55 entsprechende Vorschrift im Sinn unverändert in den zum Gesetz gewordenen zweiten Entwurf übergegangen und in der Denkschrift ausdrücklich dazu hervorgehoben ist, die Vorschrift stimme im wesentlichen mit dem § 121 der preuß. GBO. überein, während des § 57 gleichen Gesetzes, wonach ausdrücklich die Eintragung eines neuen Eigentümers den aus dem Grundbuch ersichtlichen dinglich Berechtigten bekannt zu machen war, keiner Erwähnung geschah.

Das Oberlandesgericht Colmar fußt seine Anschauung auf den Begriff des „Betroffenwerdens“. „Betroffen“ durch die Eintragung werde nur derjenige, der an der eingetragenen Rechtsänderung passiv beteiligt sei; bezüglich des § 13 GBO. sei dies allgemein anerkannt, und es müsse für ausgeschlossen gelten, daß die gleichen Worte im § 55 einen andern Sinn hätten. „Betroffener“ sei also ein nur mittelbar Beteiligter, wie der Hypothekengläubiger, nicht.

In der Rechtslehre sind die Meinungen über die fragliche Benachrichtigungspflicht auch geteilt.

Unter anderen kämpft jüngst Oberneck in der Zeitschrift des deutschen Notarvereins (1905 S. 6 ff.) gegen die Anschauung des Oberlandesgerichts Dresden und des Kammergerichts an und gelangt, indem er auf die Entwürfe der Grundbuchordnung von 1883 und 1888 zurückgeht, zu dem Ergebnis, daß unter den Personen, deren Rechte von der Eintragung betroffen werden, auch die nur mittelbar Beteiligten zu verstehen seien.

Rieß dagegen stimmt in Lobes Central-Bl. (V S. 546) den Folgerungen des Oberlandesgerichts Dresden zu.

Daß eine Benachrichtigungspflicht den Hypothekengläubigern gegenüber de lege lata nicht gegeben ist, dürfte angesichts des Textes des § 55 GBO. außer Zweifel sein. Durch den Eigentumswechsel an sich erleiden die Rechte des Hypothekgläubigers keine Veränderung.

Die dingliche Haftung des Grundstücks bleibt sich gleich, und auch die persönliche Haftung des bisherigen Eigentümers dauert fort; es ist also schon dem Wortsinn nach ein „Betroffenwerden" des Hypothekgläubigers durch den Eigentumswechsel nicht gegeben, und es bedarf demnach bei der Auslegung des § 55 GBO. gar keines Zurückgehens auf seine Entstehungsgeschichte.

Eine andere Frage ist es aber, ob nicht de lege ferenda durch landesgesetzliche Vorschrift eine solche Benachrichtigungspflicht einzuführen wäre.

Veranlassung dazu dürfte gegeben sein. Die Hypothekgläubiger haben ein wesentliches wirtschaftliches Interesse daran, den jeweiligen Eigentümer ihres Pfandgrundstückes baldigst kennen zu lernen; von den Eigenschaften des Eigentümers hängt ja oft genug der ganze Bestand der Hypothek ab; je nach der Tüchtigkeit und Vertrauenswürdigkeit des neuen Eigentümers wird der Gläubiger oft sich entscheiden, ob er von seinem Kündigungsrecht Gebrauch machen will oder nicht.

Denn der Eigentümer ist in der Lage, den Wert des Pfandgrundstückes ganz bedeutend zu verringern; er kann z. B. bei Häusern diese baufällig werden lassen, auch ganz abbrechen; er kann bei Wäldern diese roden; er kann bei Landgütern oder Wirtschaftsanwesen das oft bedeutend wertvolle Zubehör wegveräußern.

Was bei solchen Handlungen dem Gläubiger vom Pfandgrundstück bleibt, ist oft recht wenig geeignet, ihm noch Deckung zu bieten.

Das Publikum selbst erwartet auch eine solche Benachrichtigung; oft genug hört man Verwunderung darüber aussprechen, wie der Besitztitel habe berichtigt werden können, ohne daß dem Hypothekgläubiger davon Mitteilung gemacht wurde.

Es wird denn auch von Rieß (a. a. O.), von Herrmann (D. Jur.Z. 1905 S. 208) und neuestens auch von Strecker (Recht 1905 S. 123) die Benachrichtigung der Hypothekengläubiger durch das Grundbuchamt als wünschenswert bezeichnet, insbesondere auch mit dem Hinweis darauf, daß die Möglichkeit der Mitteilung aus § 416 BGB. nicht dagegen in Betracht kommen kann, denn einmal wird diese Mitteilung sehr selten gemacht und, wenn sie geschieht, wird sie nicht immer sofort nach dem Eigentumswechsel gemacht; gerade aber mit Rücksicht auf die Gefahren, die dem Hypothekengläubiger aus der Unkenntnis der Person des Eigentümers drohen, ist eine sofortige und deshalb amtliche Benachrichtigung geboten.

Die bayerische Dienstanweisung für die Grundbuchämter vom 27. Februar 1905 (JMBl. S. 63 ff.) steht offenbar auch auf dem Standpunkt, daß sich aus § 55 GBO. selbst eine Verpflichtung zur amtlichen Benachrichtigung der Hypothekengläubiger vom Eigentumswechsel nicht ergibt; denn sie schreibt in § 56 Abs. III eine solche Benachrichtigung nur für die Fälle vor, in denen der bisherige Eigentümer oder der neue Eigentümer dies ausdrücklich beantragt; es ist in der Anweisung jedoch die Erlassung weiterer Vorschriften über die Mitteilung von Aenderungen im Eigentum an Hypothekgläubiger sowie an die in gleicher Weise interessierten Grundschuldgläubiger und Rentenschuldgläubiger vorbehalten.

Angesichts der Wichtigkeit dieser Mitteilung für die genannten Gläubiger wäre die alsbaldige Erlassung solcher Vorschriften sehr erwünscht.

---

## Was bildet bei Vereinbarungen über den Unterhalt unehelicher Kinder den Vollstreckungstitel im Sinne des § 794 Ziff. 5 CPO.?

Von Amtsrichter Dr. **Adolf Bechmann** in Nürnberg.

I.

Trotz des Beschlusses des Obersten Landesgerichts vom 21. Juni 1902 (Sg. Bd. III S. 563 ff.) wird die in der Ueberschrift aufgeworfene Frage in der Praxis verschieden behandelt und es ist insbesondere die von dem Landgerichte Regensburg in seinem Beschlusse vom 21. Mai 1902 (Bl. f. RA. Bd. 67 S. 271 f.) niedergelegte Ansicht wenn nicht vorherrschend, so doch noch stark vertreten, nach welcher „die gesamten die Vereinbarung begründenden Erklärungen beider Parteien" oder, wie in der Schäferschen Abhandlung (ebenda S. 52) ausgeführt wird, „der Vertrag" den Vollstreckungstitel im Sinne des § 794 Ziff. 5 CPO. zu bilden hat. So hat z. B. das Landgericht Nürnberg mit Beschluß vom 31. März 1904 (Beschw.Reg. 50/04) auf die Beschwerde des Vormunds wegen Verweigerung der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung ausgesprochen,

> „daß der in erster Linie gemäß § 797 Abs. I CPO. um Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung angegangene Gerichtsschreiber zu prüfen hat, ob die Voraussetzungen einer Urkunde im Sinne cit. Gesetzes gegeben sind . . . ., daß aber nach den hier zu beachtenden landesgesetzlichen Bestimmungen — AG. z. BGB. Art. 167 Ziff. 1 — ausdrücklich eine Vereinbarung zwischen dem Vater eines unehelichen Kindes und diesem verlangt ist, eine solche Vereinbarung nach dem Inhalte der Vormundschaftsakten nicht vorliegt, es an der Rechtsgültigkeit einer solchen Vereinbarung aber auch deshalb mangeln würde, weil die notwendige Genehmigung des Vormundschaftsgerichts fehlt."

Dem entsprechend prüft der um Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung eines Unterhaltsübereinkommens angegangene Gerichtsschreiber mit aller Peinlichkeit die Frage, ob ein rechtsgültiger

Vertrag im Sinne des § 1714 BGB. zustande gekommen ist, ob also alle Voraussetzungen des § 145 ff. BGB. gegeben und die notwendigen vormundschaftsgerichtlichen Beschlüsse erlassen worden sind; aber nicht genug damit, es werden auch die gesamten Verhandlungen in den Vollstreckungstitel aufgenommen, der sich daher oft als ein stattlich angeschwollener Auszug aus den Vormundschaftsakten darstellt.

Dieses Vorgehen beruht auf einer Vermengung von materiell- und prozeßrechtlichen Vorschriften und einer Verkennung des § 794 Ziff. 5 CPO.

II.

Vereinbarungen über den Unterhalt eines unehelichen Kindes für die Zukunft nach § 1714 BGB. können, wie andere Verträge, auch die Grundlage zu Vollstreckungstiteln werden, wenn der Schuldner, hier der Kindsvater, seine Verpflichtungserklärung in einer den Voraussetzungen des § 794 Ziff. 5 CPO. entsprechenden Urkunde abgegeben hat. Nach dieser Bestimmung findet nämlich die Zwangsvollstreckung aus Urkunden statt, welche ein zuständiges deutsches Gericht oder ein zuständiger deutscher Notar in der vorgeschriebenen Form aufgenommen hat, sofern die Urkunde über einen Anspruch auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder auf Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Wertpapiere errichtet ist und der Schuldner sich in der Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat.

Zur Beantwortung der oben aufgeworfenen Frage bedarf es nun einer Untersuchung des Verhältnisses der exekutorischen Urkunde zu dem ihr zugrunde liegenden Rechtsgeschäft.

III.

Obwohl die CPO. im Mahnverfahren und Urkundenprozeß abgekürzte Verfahrensarten besitzt, so ermöglichen doch beide nicht die sofortige Verwirklichung des Gläubigerrechts im Wege der Zwangsvollstreckung; ersteres nicht wegen der einzuhaltenden Fristen, letzterer nicht, weil er ein Prozeßverfahren und Urteil voraussetzt. Der entwickelte Verkehr drängt aber, wie Kohler im Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. 72 S. 1 ff. ausführt, nach der Verwirklichung der sofortigen Vollstreckungsmöglichkeit unter Ausschluß jedes gerichtlichen Verfahrens. Diesem Bedürfnis ist die exekutorische Urkunde entwachsen. Sie leitet ihre juristische Funktion lediglich aus der Form ab; diese ist, wie Kohler S. 11 a. a. O. sagt, die Garantie des Rechts. Ihre Beziehung zu dem ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnis ist die gleiche wie bei der Formalobligation; dieses bildet bei beiden den Entstehungsgrund. Aber von diesem Hintergrund lösen sich beide als mit eigenem juristischen Leben erfüllte Wesen ab: das die Formalobligation in sich schließende Schriftstück tritt wie die exekutorische Urkunde, losgelöst von der mütterlichen causa, selbständig in die Welt; „das materielle Recht tritt hier in die bescheidene Rolle der Voraussetzung zurück" (Kohler S. 37). Die exekutorische Urkunde schöpft also ihre Fähigkeit, als Vollstreckungstitel zu dienen, aus sich selbst, d. h. aus der mit der Garantie einer gesetzlich festgelegten Form umgebenen Verpflichtungserklärung des Schuldners, keineswegs aber aus dem ihr zugrunde liegenden materiellen Recht.

Die exekutorische Urkunde eröffnet also (Kohler S. 36) einem wirklichen oder möglichen Recht die Vollstreckung. „Es werden Veranstaltungen getroffen, welche das Recht als wahrscheinlich darstellen und welche die Ausgangspunkte der Vollstreckung sind. Diese Veranstaltungen sind die formellen Motoren der Vollstreckung, die formell treibenden Kräfte; sie wirken, auch wenn im speziellen Fall der Anspruch nicht begründet sein sollte." Damit ist das juristische Wesen der exekutorischen Urkunde treffend gekennzeichnet.

Da nun die exekutorische Urkunde ausschließlich die Interessen des Gläubigers wahrnimmt und, wie wir gesehen haben, in einer der wahren Rechtslage u. U. widersprechenden Weise, so erhebt sich sofort die Frage, wie dieser Zwiespalt zwischen Vollstreckungs- und materiellem Recht auszugleichen ist; denn die exekutorische Urkunde ist ja nur eine formelle Exekutionsveranstaltung mit dem materiellen Anspruch als juristischer Voraussetzung (Kohler S. 39).

Die Antwort auf diese Frage gibt das Gesetz in § 797 Abs. IV CPO., nämlich in der Erweiterung des Inhalts der Klage nach § 767 CPO., der sogenannten Vollstreckungsgegenklage.

Während das Urteil auf den Streitstoff wie eine Zäsur wirkt und ein Zurückgreifen auf alle vor der letzten mündlichen Verhandlung liegenden juristischen Tatsachen unbedingt ausschließt und § 767 CPO. die Unantastbarkeit der Urteils-Grundlagen ausspricht, ist die Tatsache der Errichtung der exekutorischen Urkunde auf das materielle Rechtsverhältnis ohne jeden Einfluß; demgemäß ist hier der Vollstreckungsgegenklage kein Angriffspunkt, insbesondere nicht die Möglichkeit der Zerstörung der rechtlichen Grundlagen der beurkundeten Verpflichtungserklärung entzogen.

Diese Regelung entspricht vollkommen der Billigkeit. Aehnlich wie bei der als formell echt anerkannten Beweisurkunde der Aussteller um ihrer Errichtung willen ihren Inhalt solange gegen sich gelten lassen muß, bis es ihm gelungen ist, ihr Mißverhältnis zu der wahren Rechtslage aufzudecken, muß der Schuldner, der sich in der exekutorischen Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat, sich diese solange gefallen lassen, bis es ihm gelungen ist, ihren Zusammenhang mit der materiellen Rechtslage und die sich hieraus ergebende Unwirksamkeit nachzuweisen; die exekutorische Urkunde verliert also erst dann ihre

Bedeutung als Vollstreckungstitel, wenn der Schuldner die **ursprüngliche** Ungültigkeit der beurkundeten Erklärung (bei Schein, Scherz usw.) oder ihre nachträglich eingetretene Unwirksamkeit (Zahlung) dargetan hat. Während also die exekutorische Urkunde einen Vollstreckungstitel ohne Rücksicht auf die ihr zugrunde liegende causa bildet, ist es der springende Punkt der Vollstreckungsgegenklage, ihren Zusammenhang mit der causa und die sich aus dieser ergebenden Rechtsfolgen darzutun. Ihr Ziel aber ist die Beseitigung der bereits begonnenen Vollstreckung oder die Entziehung jeder Vollstreckungsmöglichkeit für die Zukunft. (Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 491.)

Aus dem Dargelegten ergibt sich nun die Aufgabe des Vollstreckungsbeamten bei Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung einer exekutorischen Urkunde ganz von selbst: da diese nicht um der materiell-rechtlichen Gültigkeit der in ihr beurkundeten Erklärung des Schuldners, sondern lediglich um ihrer gesetzlichen Form willen einen Vollstreckungstitel bildet, so wird sie gegeben ohne weitere Prüfung des in der Urkunde enthaltenen Rechts; Notar und Gerichtsschreiber haben daher lediglich zu prüfen, ob die Urschrift **formell** die Eigenschaft einer vollstreckbaren Urkunde hat, während beiden eine Prüfung des Bestehens und Fortbestehens des materiellen Rechts nicht gegeben ist. (Kohler S. 23.)

IV.

Wird das Vorstehende auf den Unterhaltsvertrag angewendet, so ergibt sich, daß, wie die eingangs erwähnte oberstrichterliche Entscheidung ausführt, lediglich das die Verpflichtungs- und Unterwerfungserklärung des Kindsvaters enthaltende Protokoll die vollstreckbare Urkunde im Sinne des § 794 Ziff. 5 CPO. bildet, während das Übereinkommen des § 1714 BGB. die materielle Grundlage darstellt, auf der die schuldnerische Erklärung abgegeben und der Titel errichtet worden ist. Ein Zurückgreifen auf dieses ist nicht ausgeschlossen, aber nur im Wege der Klage nach § 767 f. CPO. möglich. Ist daher ein Übereinkommen zwischen den Beteiligten nicht oder auf anfechtbarer Grundlage zustande gekommen, so bleibt es dem Kindsvater unbenommen, mit der genannten Klage seiner Erklärung die Vollstreckbarkeit zu entziehen. Es wohnt also — und darauf sei nochmals besonders hingewiesen — der beurkundeten Erklärung eine doppelte Bedeutung inne: eine zivilrechtliche und eine zivilprozessuale. Die letztere erschöpft sich in der Vollstreckungsmöglichkeit der Urkunde; die erstere bemißt sich ausschließlich nach dem bürgerlichen Recht; nicht etwa, daß die CPO. die materiellen Verpflichtungsgründe des bürgerlichen Rechts durch § 794 Ziff. 5 um einen weiteren hätte vermehren wollen; vielmehr entnimmt die Erklärung des Schuldners ihre materielle Gültigkeit ausschließlich dem bürgerlichen Recht. Nach diesem also beantwortet sich die Frage, ob die Erklärung sich als Annahme eines Angebots oder als Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781 BGB. oder wie sonst immer darstellt; sie ist zivilistisch also nichts weiter als eine einseitige Schulderklärung, welche erst in den Rahmen eines materiellen Rechtsverhältnisses hineingepaßt werden muß.

Es hat also, um das Vorstehende nochmals kurz zusammenzufassen, der Gerichtsschreiber lediglich eine Ausfertigung des die Verpflichtungserklärung des Kindsvaters enthaltenden Protokolls herzustellen und mit der Vollstreckungsklausel zu versehen, andere Protokolle aber nur insoweit heranzuziehen, als sie den Inhalt des Verpflichtungsprotokolles ergänzen. Dagegen hat er den übrigen Inhalt der Vormundschaftsakten völlig außer acht zu lassen. So wenig ihm das Gesetz in anderen Fällen die Prüfung materiellrechtlicher Fragen übertragen hat, so wenig kommt sie ihm hier zu. Das ergibt sich schon aus der Stellung des Gerichtsschreibers bei Erteilung der Vollstreckungsklausel in den sonstigen Fällen: nur insoweit es sich um die Prüfung der **formellen** Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung handelt, ist er zur selbständigen Entscheidung befugt; sobald jedoch Fragen materiellrechtlichen Inhalts auftreten, wie z. B. bei Rechtsnachfolge auf Gläubiger- oder Schuldnerseite, ist ihm die Entscheidung abgenommen und dem Richter übertragen (§ 730 CPO.) Ist ihm aber schon die Prüfung der u. U. recht einfachen Frage nach dem Vorliegen einer Rechtsnachfolge entzogen, um wieviel mehr muß dies der Fall sein bei der viel verwickelteren Frage nach dem Zustandekommen eines Vertrags!

Zum Schlusse sei noch folgendes bemerkt:

Wie die eingangs erwähnte Entscheidung des Landgerichts Nürnberg ergibt und dem Verfasser auch persönlich bekannt wurde, findet sich die Meinung vertreten, daß bei Unterhaltsverträgen der ganze Vertrag die Urkunde im Sinne des § 794 Ziff. 5 CPO. zu bilden habe, da der Art. 167 des AG. z. BGB. nur von **Verträgen** handle und die bayerischen Amtsgerichte nur zur Aufnahme von solchen, nicht aber von einseitigen Erklärungen berechtigte.

Diese Meinung übersieht, daß die angezogene Bestimmung lediglich eine auf grund des Art. 141 EG. z. BGB. ergangene landesrechtliche Zuständigkeitsvorschrift enthält. Als solche kommt ihr keine, auch nicht eine nur auslegende Wirkung auf § 794 Ziff. 5 CPO. zu. Erklärt der klare Wortlaut dieser Bestimmung nicht den Vertrag, sondern nur das Schuldversprechen als notwendigen Inhalt der exekutorischen Urkunde, so hat es dabei auch für die Alimentenverträge sein Bewenden. Diese Meinung irrt aber auch weiter in der Annahme, daß die bayerischen Gerichte als Beurkundungsgerichte nicht zuständig wären zur Aufnahme von Erklärungen, welche sich als bloße Bestandteile eines solchen Vertrages darstellen. Denn wer für das Ganze zuständig ist, ist es auch für die Teile

(Henle-Schneider, Bayer. Ausführ.-Gesetz S. 331). Es hat sich wohl auch noch nie ein bayerisches Amtsgericht geweigert, auf Ersuchen eines außerbayerischen Gerichts nur eine einzelne der zum Abschluß des Übereinkommens führenden Erklärungen der Beteiligten aufzunehmen.

## Gemeinschaftliche Urkunden über Verfügungen von Todes wegen, gemeinschaftliche Verfügungen von Todes wegen, nichtige oder unwirksame Verfügungen von Todes wegen in gemeinschaftlichen Urkunden.

Von **W. Ch. Francke,** Oberlandesgerichtsrat a. D. in Hannover.

(Schluß.)

III. Nichtige oder unwirksame Verfügungen von Todes wegen in gemeinschaftlichen Urkunden.

Wenn von den Verfügungen eines Erbvertrages oder gemeinschaftlichen Testamentes eine nichtig ist oder kraftlos wird, so berührt dies die übrigen Verfügungen desselben Verfügenden selbstverständlich ebensoviel oder ebensowenig, als es sie berühren würde, wenn die Verfügungen in einer einseitig errichteten Urkunde ständen. Hier ist daher nicht hievon zu sprechen, sondern nur davon, wie solche Nichtigkeit oder solches Kraftloswerden die in derselben Urkunde enthaltenen Verfügungen des anderen berührt.

Hiefür möchte zunächst zu beachten sein, daß nach der allgemeinen, mangels bezüglicher Ausnahme also auch hier maßgebenden Vorschrift des § 141 BGB. ein mit Erfolg angefochtenes Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig anzusehen ist, und daß also als nichtig hier auch eine Verfügung in Betracht kommt, welche auf Grund des im Eingang abgedruckten § 2079 oder des ihm ähnlichen gleichfalls noch zu berührenden § 2078 mit Erfolg angefochten wurde.

Sodann aber möchte andererseits zu beachten sein, was schon anderweit hervorzuheben war, daß nur das Gegenstand einer Anfechtung sein, also nachträglich als nichtig angesehen werden kann, was zur Zeit noch rechtlichen Bestand hatte und nicht etwa durch Wegfall seines einzigen Zweckes, durch Ausfall seiner Bedingung aus den rechtlichen Beständen bereits ausgeschieden war. Wenn also z. B. Mann und Frau sich gegenseitig zu Erben einsetzen und im übrigen nur für die Todeszeit des Längstlebenden verfügen, dann aber der überlebende und Erbe seiner Frau gewordene Mann bei seinem Tode aus neuer Ehe Pflichtteilsberechtigte hinterläßt, so können die letzteren nicht etwa, wie freilich von dem Berufungsgericht in dem eingangs erzählten Falle angenommen ward, die vom Mann geschehene Erbeinsetzung noch anfechten und dadurch die Möglichkeit schaffen, daß die korrespektive andere Erbeinsetzung nebst den ihr anhaftenden Auflagen und Vermächtnissen nachträglich als nichtig angesehen werde.

Sind nun in einem Erbvertrage von beiden Teilen vertragsmäßige Verfügungen getroffen, so hat die Nichtigkeit einer dieser Verfügungen, sie mag von Anfang an bestanden haben oder erst durch Anfechtung herbeigeführt sein, nach § 2298 Abs. 1 und 3 BGB. die Unwirksamkeit des Vertrages insoweit zur Folge, als nicht ein anderer Wille der Vertragschließenden anzunehmen ist. Umgekehrt macht in einem gemeinschaftlichen Testament Nichtigkeit einer Verfügung des einen laut des im Eingang abgedruckten § 2078 nur diejenige Verfügung des anderen unwirksam, von welcher anzunehmen ist, daß sie nicht ohne jene getroffen wäre. Diese Vorschriften dürften ebenso sehr mit der Vernunft als untereinander übereinstimmen. Denn ein Vertrag bildet eine Einheit, für dessen Teile ein Sonder-Bestand ohne besonderen Nachweis nicht als gewollt erscheinen kann, und mehrerer Leute nicht-vertragliche Verfügungen von Todes wegen können der Natur der Sache gemäß nicht anders in Abhängigkeit von einander gedacht werden, als wenn der bezügliche Wille ausgesprochen oder nach den Gesetzen freier Auslegung als vorhanden zu befinden ist. Es braucht wohl kaum darauf aufmerksam gemacht zu werden, daß in Urkunden mit vertraglichen und nicht-vertraglichen Verfügungen von Todes wegen je auf die eine Art je der eine der beregten Grundsätze anzuwenden sein dürfte, und daß daher der bezüglichen Anwendung häufig noch eine durch Auslegung zu geschehende Feststellung vertraglicher oder nicht-vertraglicher Eigenschaft voranzugehen haben wird.

Nehmen wir einige Beispiele:

1. A, der aus erster Ehe einen seit Jahren fälschlich für tot gehaltenen Sohn in Australien hat, und die B, mit welcher er in kinderloser Ehe lebt, setzen sich gegenseitig zu Erben und für die Zeit nach dem Tode des Längstlebenden ihre Pflegetochter C zur Nacherbin ein; erst stirbt die Frau, alsdann der Mann und jetzt kehrt der Sohn zurück, des Vaters Verfügungen anfechtend. Die erste verfiel mit dem Tode der Frau, die zweite wird ungültig durch die Anfechtung. Da jene jetzt nicht ungültig ward, kann ihre Ungültigkeit auch die mit ihr sicher korrespektive erste Verfügung der Frau nicht ungültig machen. Nicht miteinander korrespektiv sind aber, obwohl gleichfalls in ein und dieselben Worte gefaßt, die zweiten Verfügungen des Mannes und der Frau; daß die des Mannes ungültig wird, beeinflußt also die der Frau nicht. Offenbar ist es Wille der Frau, daß ihr Vermögen, soweit es nicht der Mann bei Lebzeiten hat, niemandem, als der Pflegetochter zukommt, und dieser Wille wird also unbeschadet aller Befugnisse des pflichtteilsberechtigten

Erben ihres Mannes gewahrt. Offenbar ist dieser Wille auch nicht vom Bestand des Willens ihres Mannes abhängig gewesen, der Pflegetochter sein Vermögen zuzuwenden; im Gegenteil, sie würde der Pflegetochter ihr Vermögen umsomehr zugewendet haben wollen, wenn diese das des Mannes nicht erhielt.

2. Alles was eben gesagt ist, wird auch zu sagen sein, wenn wir die angegebenen Verfügungen nicht als testamentarische, sondern als erbvertragliche setzen, übrigens aber dieselben Vorgänge annehmen. Denn wenn die Frau auch ihrem Manne gegenüber an die Erbeinsetzung der Pflegetochter vertraglich gebunden war, diese also ein Stück des Erbvertrages bildete, so war sie doch offenbar nicht nur als solches Stück gewollt.

3. A, der mit seiner Frau B in kinderloser Ehe lebt, und die B sagen in einem gemeinschaftlichen Testament oder auch in einem Erbvertrage: „Ich A, setze meine Frau zur Erbin ein; ich die B, setze meinen Mann und meine Tochter erster Ehe, Frau C, zu Erben auf je ½ ein; nach dem Tode des Längstlebenden soll unser Vermögen auf Frau C übergehen, soweit sie es noch nicht hat; Frau C soll jedoch folgende Vermächtnisse zahlen: a) an meine, der Frau, 2 Schwestern je 1000 Mk., b) an meine, des Mannes, 2 Brüder je 750 Mk." — Der Mann widerruft sein Testament oder ficht mit Erfolg den Erbvertrag an. Damit fällt von den Verfügungen der Frau B allein die Einsetzung ihres Mannes zum Erben; ihre zweite Verfügung zugunsten ihrer Tochter, sie mag nun als solche einer Nacherbschaft oder solche einer in den §§ 2269 und 2280 vorgesehenen Art zu gelten haben, verwandelt sich in Bestimmung von Ersatz-Erbschaft, und letzterer schließen sich dann als fortbestehend die Vermächtnisse zugunsten der Schwestern der Frau B an, es müßte denn aus etwaiger Geringfügigkeit des Frauen-Vermögens und etwaiger Größe des Mannes-Vermögens erhellen, daß diese Vermächtnisse allein oder wesentlich mit Rücksicht auf letzteres errichtet wurden, daß sie also nicht ohne die Verfügungen des Mannes getroffen sein würden (§ 2270 und § 2280); als Verfügungen allein der Frau werden aber, weil zugunsten ihrer und nicht ihres Mannes Verwandten gereichend, diese Vermächtnisse mangels Gegenbeweises zweifellos anzusehen sein, während hinsichtlich der anderen Vermächtnisse aus entsprechenden Gründen Gegenteiliges gelten muß, um deswillen sie denn als erloschen anzusehen sein werden.

4. Was den im Eingang erzählten Fall betrifft, so dürfte sich nach vorstehenden Erörterungen das Folgende ergeben: Die Verfügung des X, daß seine Frau Y, bzw. seine Tochter, seine Erbin sein solle, hat mit deren früherem Tode bereits ihre Kraft verloren. Die übrigen Verfügungen des X wurden durch die Anfechtung der ihm später entstandenen Pflichtteils-Berechtigten ungültig, auch seine Erbeinsetzung der Nichten seiner Frau Y. Von den Verfügungen dieser seiner Frau Y ist aber keine ungültig geworden. Die Erbeinsetzung des X durch die Y muß allerdings mangels Ausdrucks eines gegenteiligen Willens für korrespektiv mit ihrer Erbeinsetzung durch X erachtet werden und würde daher allerdings ungültig geworden sein, wenn letztere durch Anfechtung ungültig geworden wäre oder als von Anfang an nichtig sich herausgestellt hätte. Keins von beiden hat sich ereignet. Des X Erbeinsetzung durch die Y ist daher in Kraft geblieben und durch den Erbschaftsantritt des X nebst den mit ihr verbundenen Vermächtnissen und Auflagen in endgültige Wirksamkeit getreten. In der Schlußbestimmung des gemeinschaftlichen Testamentes von 1881 sind aber offensichtlich die beiden Anordnungen zu befinden: a) „Ich, X, setze für den Fall, daß ich der Ueberlebende bin, meine Neffen und Nichten zu ½ und meiner Frau Nichten zu ½ als Erben ein" und b) „Ich, die Y, setze für den Fall, daß ich die Ueberlebende bin, meine Nichten zu ½ als Erben ein;" und es sind darin m. E. auch noch die Erklärungen zu finden: c) „Ich, X, will, daß, wenn meine Frau meine Erbin wird, sie meine Neffen und Nichten zusamen zu ½ Erben des Gesamtnachlasses sein läßt", und d) „Ich, die Y, will, daß, wenn mein Mann mein Erbe wird, er meine Nichten zu ½ Erbinnen des Gesamtnachlasses sein läßt." Die Verfügung b) ist durch den früheren Tod der Frau Y hinfällig geworden. Die Erklärung d) möchte ebenso wie die Erklärung c) ein Vermächtnis sein und zwar offenbar kein korrespektives, gleichen Inhalts zwar wie der zweite Teil der Verfügung a) und überflüssig daher im Fall ihrer Verwirklichung aber von Bedeutung, wie sich hier zeigt, im gegenteiligen Fall. Kraft solchen Vermächtnisses sind aber X und seine Erben, selbstverständlich auch die gesetzlichen, verpflichtet und gebunden, die Nichten der Y hinsichtlich des im Testament von 1881 beregten Gesamtnachlasses Erben zu ½ sein oder solchen Erben gleich gestellt sein zu lassen.

## Mitteilungen aus der Praxis.

**Die Perle in der Auster** ist zum Gegenstand wissenschaftlichen Streits geworden. Es handelt sich um folgenden Fall, der praktisch vorgekommen sein soll. Eine Dame wurde von einem Herrn in ein Restaurant zum Abendessen eingeladen. Dabei fand sie in einer Auster eine Perle, die sie mitnahm. Ein Juwelier schätzte den Wert auf ein paar tausend Mark. Wem aber gehört dieser „Fund"? Von einer Seite ist geltend gemacht worden, daß der Gastgeber, also der einladende Herr, das Eigentumsrecht behalte, von anderer, daß die eingeladene Dame im Wege der Schenkung mit der Auster selbst alle Bestandteile,

mithin auch die Perle erwerbe.[1]) Das Letztere scheint mir richtiger, aber es kommt noch ein neues Problem hinzu, nämlich die Irrtumsanfechtung. Und damit taucht als Bewerber wiederum der Restaurateur auf, aus dessen Küche die Austern aufgetragen wurden, ja in letzter Linie sogar der Fischer, der als der erste den umstrittenen Gegenstand in die Welt des Verkehrs eingeführt hat. Es kommt nur der zweite Absatz des § 119 BGB. in Frage: Als Irrtum, der zur Anfechtung berechtigt, gilt auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Sache, die im Verkehr als wesentlich erscheinen. Wie diese Bestimmung sich zu den Mängelvorschriften beim Kauf verhält, ist allerdings, wie bekannt, lebhaft bestritten, kann aber hier beiseite bleiben, denn es handelt sich nicht um Anfechtung seitens des Käufers, also des Restaurateurs, gegenüber dem Fischer oder des einladenden Herrn gegenüber dem Inhaber des Speisehauses, sondern der Verkäufer ist es, der eine Rückgängigmachung verlangt. Hätten wir freilich noch die alte laesio enormis in ihrer weitesten, beiderseitigen Form, dann würde der Gast im Restaurant und der Hotelbesitzer, der mit dem Fischer gehandelt hat, schon auf Grund einer Sonderregel des Kaufs die Perle aus seinen Händen gleiten sehen. Für uns bleibt aber nur § 119. Dieser spricht von einer „Eigenschaft" der Sache. Sollte man dieses Charakteristikum für unseren Fall ablehnen? Ich glaube; kaum das Einschließen einer Perle dürfte ebenso sehr vom physischen wie vom Wertsstandpunkte aus als Eigenschaft erscheinen. Wer einen ausgestopften Vogel verkauft oder verschenkt hat und nachher von dritter Seite (sodaß die Regeln vom Schatzfund nicht erst in Frage kommen) erfährt, daß sich im Leib des Tieres versteckte Juwelen bergen, kann gewiß den Kauf oder die Schenkung nach § 119 II zu Falle bringen und braucht einen Rückschlag auf Grund des § 122 (Schadensersatzpflicht) schwerlich zu fürchten Den Verkäufer einer perlenbergenden Auster wird man nicht schlechter stellen dürfen.[2]) Zweitens ist zur Anfechtung erforderlich die Verkehrswesentlichkeit der Eigenschaft. Zur Zeit hat die Dogmatik noch keinen festen Gehalt für diese farblosen Worte gefunden.[3]) Aber daß man in unserem Falle, in dem eine scheinbar nur Pfennige wertende Sache plötzlich einen Wert von Hunderten oder Tausenden Mark erhält, die Verkehrswesentlichkeit nicht ohne übermäßige Pressung des Gesetzeswortlauts wird verneinen können, ist ziemlich offenbar. So versagen z. B. die Einschränkungsmittel, die Schloßmann vorschlägt, sämtlich; es liegt wirklicher wirtschaftlicher, d. h. Vermögensschaden vor (S. 60), es nützt auch nichts die Herübernahme des Erfordernisses der verständigen Würdigung aus Abs. I, es versagt selbst die allerfreiste Beweiswürdigung des Richters, übrigens ein m. E. sehr gefährliches Mittel zur Beschneidung des § 119 II (S. 61), und schließlich wird auch mit der Zauberformel von „Treue und Glauben" nichts zu machen sein (62). Als drittes Erfordernis des Abs. II könnte noch aufgestellt werden, daß es sich um eine Spezies, nicht um eine Gattungssache handeln müsse. Das läßt sich bestreiten, hilft aber jedenfalls nichts, weil dann Anfechtbarkeit wegen Irrtums über den Inhalt der Erklärung nach Abs. I angenommen und sogar die Schranke der Verkehrswesentlichkeit weggelassen werden müßte. Es wird daher nichts anderes übrig bleiben, als der eingeladenen Dame zwar zunächst das Eigentum an der Perle zuzusprechen, aber eine Reihe von Anfechtungen zu erschließen. Der Herr, der sie zum Souper lud, ficht seine Schenkung an; der Restaurateur seinen Verkauf; der Fischer wieder den seinigen. Das ergibt weitere Verwicklungen hinsichtlich der Ausführung der durch die Anfechtung geschaffenen Rechtslage. Wenn z. B. der Restaurateur den Verkauf umstößt, so tritt Nichtigkeit ein (§ 142 BGB.). Der Herr hätte daher als der Gegenkontrahent den gekauften Gegenstand herauszugeben. Das ist nun nicht mehr völlig möglich, da die Auster selbst verspeist sein dürfte. Und die Perle ist vielleicht bereits von der eingeladenen Dame an einen Goldschmied weiterverkauft worden. Es liegt dann, da der Restaurateur Eigentümer der Perle geblieben ist, Verfügung eines Nichtberechtigten vor, und die Regeln vom guten Glauben (§ 932 ff.), verbunden mit denen von der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 816) sind anzuwenden. Nach diesen wird der Restaurateur sich besser nicht an den Herrn, sondern unmittelbar an die Dame halten und Herausgabe „des durch die Verfügung Erlangten", nämlich des erlösten Geldes, beanspruchen. Die Dame kann ihm dabei nicht die Aktivlegitimation deswegen bestreiten, weil er selbst gar nicht Eigentümer geworden sei, sondern seinerseits wieder dem Fischer oder Zwischenhändler weichen müsse. Denn so lange letztere von dem Vorgang nichts erfahren haben, was ja meistens der Fall sein wird, besteht mangels erfolgter Anfechtung das zwischen ihnen und dem Restaurateur geschlossene Geschäft zu Recht, d. h. dieser hat den Platz des Eigentümers inne. Die Dame kann sich aber auch nicht etwa auf eigenen guten Glauben stützen; denn entweder nimmt man an, daß sie durch eine Verfügung des in der Mitte stehenden Herrn erworben habe, dann wäre dies eine unentgeltliche Verfügung, und es bringt sie der § 816 in seinem zweiten Satze um den Vorteil der bona fides.[1]) Oder man läßt die Dame als unmittelbare Gegenkontrahentin ohne Vermittlung des Herrn gelten. Dann kann noch weniger einer Irrtumsanfechtung etwa dadurch ein Riegel vorgeschoben werden, daß die Anfechtungsgegnerin sich auf den gleichen Irrtum ihrerseits — denn nichts anderes ist hier der „Gute

---

[1]) Vgl. die Aeußerungen von Prof. Gareis (München) und Prof. Gierke (Königsberg) in DJZ. 05 Sp. 347 u. 396.

[2]) Es mag auf eine nicht ganz unähnlich liegende Reichsgerichtsentscheidung vom 11. Juli 1903 (in der DJZ. 1903 S. 501 abgedr.) verwiesen werden, wo anerkannt wird, daß keineswegs bloß auf die Ertragsfähigkeit einer Sache, sondern auch auf den in bestimmter Zeit tatsächlich vorhandenen Ertrag als „Eigenschaft" zurückgegangen werden kann. Das läßt sich ähnlich von der Verwendbarkeit und dem tatsächlich vorhandenen Wert sagen.

[3]) Die wichtigsten letzten Erscheinungen sind Lenels Auff. in Jherings Jahrb. 44 S. 1 ff. und Schloßmann, Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person und der Sache nach dem BGB. (Fischersche Abhdl. IX,3) Jena 1903, namtl. § 4 (S. 9 ff.) und § 15 (S. 62).

[1]) Ueberdies könnte man ihren guten Glauben bezweifeln. Vgl. § 142 II: „Wer die Anfechtbarkeit... kennen mußte, wird, wenn die Anfechtung erfolgt, so behandelt, wie wenn er die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts... hätte kennen müssen." Dazu dann § 932 II.

Glaube" — beruft. Sie ist vielmehr ohne Weiteres mindestens einer Bereicherungsklage nach § 812 unterworfen. In der Praxis dürfte daher doch der Restaurateur die meiste Aussicht auf den wirtschaftlichen Gewinn, auf die Perle selbst oder den Erlös besitzen.

Privatdozent Dr. Hedemann in Breslau.

---

**Zu § 775 CPO.** In der Abhandlung in Nr. 9 S. 209 ff. dieser Zeitschrift wurde u. a. auch die Ausscheidung der Zuständigkeit zwischen Notar und Vollstreckungsgericht hinsichtlich der Einstellung eines Versteigerungsverfahrens behandelt und darauf hingewiesen, daß die Einstellung dem Notare insoweit nicht zukommt, als sie auf Grund der allgemeinen Vorschriften der CPO. zu erfolgen hat. Dieser Satz erleidet eine zwar an sich selbstverständliche aber immerhin bemerkenswerte Ausnahme. Im Falle des § 775 CPO. nämlich ist auch der Notar berechtigt und verpflichtet, ohne Anweisung des Gerichts mit der Vollstreckung einstweilen innezuhalten. Denn § 775 CPO. gibt nicht nur Vorschriften für das Vollstreckungsgericht, sondern wendet sich auch unmittelbar an die Vollstreckungsorgane. Hierüber besteht Einigkeit. Und wie der Gerichtsvollzieher nicht weiter vorgehen darf, wenn die Voraussetzungen des § 775 vorliegen, so hat auch der Notar unter den nämlichen Umständen weitere Tätigkeit zunächst zu unterlassen. Dies ist für die Beteiligten insbesondere dann von Wichtigkeit, wenn sie Urkunden über erfolgte Sicherheitsleistung oder Hinterlegung, über Befriedigung des Gläubigers oder Bewilligung einer Stundung durch ihn oder über die Einzahlung der ihm gebührenden Summe bei der Post in Händen haben (§ 775 Nr. 3—5). Sie sind dann nicht genötigt, diese dem Vollstreckungsgericht einzureichen sondern können sie ohne weiteres dem Versteigerungsbeamten vorweisen, womit sie ihr Ziel — die vorläufige Hemmung der Versteigerung — ohne Verzögerung erreichen können. Allerdings ist aber in den Fällen der Nr. 4, 5 des § 775 der Notar gehalten, das Verfahren innerhalb der Frist des § 31 Abs. 2 ZwVG. auf den einseitigen Antrag des Gläubigers wieder fortzusetzen, und dann bleibt freilich für den Schuldner nichts übrig, als gemäß § 769 CPO. die Hilfe des Prozeßgerichts oder des Vollstreckungsgerichts in Anspruch zu nehmen. — — — n.

---

**Zuständigkeit zur Entscheidung von Wegestreitigkeiten in der Pfalz.** Eine für die Pfalz wichtige Entscheidung hat der bayerische Verwaltungsgerichtshof am 10. März 1905 gefällt. Bei Wegestreitigkeiten im rechtsrheinischen Bayern sind die Verwaltungsgerichte nicht zuständig zur Entscheidung der Frage, ob die Gemeinde, welche die Oeffentlichkeit eines Weges behauptet, das Recht auf die Wegefläche, sei es Eigentum, sei es eine Dienstbarkeit hat, wenn ein Dritter für sich das freie Eigentum an der Wegfläche in Anspruch nimmt. Dieser Streit über die bürgerlichrechtliche Verfügungsmacht über die Wegfläche wird als ein zivilrechtlicher angesehen, zu dessen Entscheidung die Zivilgerichte berufen sind. Nach pfälzischem Recht wurde diese Frage durch die Verwaltungsgerichte mitentschieden und zwar auf Grund der französisch-rechtlichen Grundsätze, daß die öffentlichen Wege zum öffentlichen Eigentum (domaine public) gehören (Art. 538 c. c.) und daß nur die Verwaltung unter Ausschluß der richterlichen Zuständigkeit das domaine public und die Grenzen seiner Bestandteile feststellt. Diese Eigenart des pfälzischen Wegerechts hat der Gerichtshof beseitigt und ausgesprochen, daß seit 1900 auch für die Pfalz der obige rechtsrheinische Grundsatz über die Verteilung der Zuständigkeit zwischen Justiz und Verwaltung gelte. Gestützt ist diese Entscheidung auf Art. 175 Abs. II bayer. AG. z. BGB. Durch diese Gesetzesstelle seien nach ausdrücklicher Erklärung sämtlicher Gesetzgebungsfaktoren auch die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen des code civil insbesondere die über das domaine public beseitigt. Mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts habe sich das domaine public seinem Bestand und Inhalt nach in gewöhnliches Eigentum oder sonstige dingliche Rechte verwandelt, für welche das bürgerliche Recht maßgebend sei. Die Frage, ob eine Gemeinde die Verfügungsmacht über die Fläche eines Weges habe, sei privatrechtlich. Zu ihrer Entscheidung seien nur die Zivilgerichte berufen. Denn mit der Aufhebung des domaine public seien gleichzeitig auch alle jene Vorschriften außer Kraft gesetzt, welche zur Wahrung und zum Schutz desselben gegeben waren und die Zuständigkeit der Verwaltung verfügten, insbesondere der einschlägige Teil des Art. 6 des Gesetzes vom 9. ventôse XIII. — Die zweite Instanz hatte ähnliche Erwägungen angestellt, jedoch ihre Zuständigkeit trotz der bestrittenen privatrechtlichen Verfügungsmacht angenommen, weil sie die Oeffentlichkeit verneinte. Dem gegenüber hat sich der VGH. auf den Standpunkt gestellt, daß die Unzulässigkeit einer bejahenden sachlichen Entscheidung die sachliche Würdigung überhaupt ausschließe.

Rechtsanwalt Dr. Rau in Zweibrücken.

---

**Zu § 418 StPO. Rechtsagenten im Privatklageverfahren.** Auf Grund einer von dem Bauern A. erteilten Vollmacht erhob der Kommissionär (Rechtsagent, Rechtskonsulent) B. Privatklage mit Strafantrag gegen den Bauern C. mittels eines beim Amtsgericht D. eingereichten lediglich von B. unterzeichneten Schriftsatzes. Auf der Basis dieser Privatklage mit Vollmacht eröffnete das Amtsgericht D. gegen C. wegen Beleidigung nach § 185 RStGB. das Hauptverfahren vor dem Schöffengericht bei genanntem Gerichte und das Schöffengericht verurteilte den Angeklagten kostenfällig zur Strafe. Letzterer legte gegen dieses Urteil wegen Verletzung des § 185 RStGB. die Berufung zum Landgerichte E. ein, ohne daß bei der Berufungseinlegung oder vorher eine Verletzung prozessualer Vorschriften gerügt worden wäre. In der Berufungsverhandlung wurde zunächst ein Vergleich angebahnt, dieser mißlang, sodann wurde nach § 365 Abs. I StPO. verfahren und vom Vorsitzenden die Frage der formellen Gültigkeit der Privatklage angeregt. Ueber diese Frage verbreiteten sich die beiden Anwälte der Parteien und es wurde sodann durch Beschluß des Gerichts II. Instanz das erstinstanzielle Urteil aufgehoben, das Verfahren auf die Privatklage eingestellt und Privatkläger zur Tragung sämtlicher Kosten beider Instanzen verurteilt.

Den Gründen dieses Beschlusses ist folgendes zu entnehmen: Da dem Berufungsgericht die Prüfung des ganzen Verfahrens erster Instanz obliegt, hatte es auch zu prüfen, ob der Eröffnungsbeschluß formell

richtig erging. Die Prüfung dieser Frage ergab die Verletzung der Vorschrift des § 418 StPO. Nach § 421 l. c. geschieht die Erhebung der Klage zu Protokoll des Gerichtsschreibers oder durch Einreichung einer Anklageschrift; die Klage muß den im § 198 Abs. I l. c. bezeichneten Erfordernissen entsprechen; § 198 handelt aber nur von den inneren Erfordernissen, während § 418 l. c. davon spricht, daß der Privatkläger im Beistand eines Rechtsanwalts erscheinen oder daß er sich durch einen mit schriftlicher Vollmacht versehenen Rechtsanwalt vertreten lassen kann. Diese Bestimmung bezieht sich nicht etwa bloß auf die Hauptverhandlung, zu welcher Anschauung das Wort „erscheinen" verführen möchte, sondern sie bezieht sich nach ihrer Entstehungsgeschichte und nach ihrer Stellung im Rahmen des V. Buches I. Abschnitts auf das ganze Privatklageverfahren überhaupt, sohin schon auf die Zeit von der Klageerhebung an. Nach dem Gesetzentwurf handelte nämlich der I. Abschnitt des V. Buches von den Privatklagen überhaupt, der II. Abschnitt desselben von Privatklagen bei Beleidigungen und Körperverletzungen; nach § 338 des Entwurfes mußte die Erhebung der Privatklage und der Betrieb der Sache durch einen mit Vollmacht versehenen Rechtsanwalt geschehen, wozu die Motive bemerken, daß der Anwaltszwang in dem Privatklageverfahren unentbehrlich sei, da nur von einem Rechtsverständigen vorausgesetzt werden könne, daß er imstande sein werde, den Obliegenheiten, die sonst der Staatsanwaltschaft zufallen würden, zu genügen; nach § 358 des Entwurfs bedurfte aber der Privatkläger der Vertretung durch einen Rechtsanwalt weder zur Erhebung der Klage noch zum Betrieb der Sache. In der Folge wurden die §§ 338 und 358 in der Fassung des jetzigen § 418 vereinigt, die Stellung des § 418 unter jenen Bestimmungen, die sich auf das Verfahren im allgemeinen und vor der mündlichen Verhandlung beziehen, ist geblieben und die Verhandlungen in der Reichstagskommission und im Plenum des Reichstags haben nicht ergeben, daß eine Beschränkung des § 418 für die Hauptverhandlung beabsichtigt worden wäre. (Hahn, Mater. z. StPO. S. 44, 271, 1093, 1097, 2436.) Auch die Stellung des § 418 im Rahmen des I. Abschnittes des V. Buches (§§ 414—434) läßt schließen, daß diese Bestimmung sich auf die Zeit schon vor der mündlichen Verhandlung erstreckt; die Aneinanderreihung der einzelnen Paragraphen entspricht offensichtlich der chronologischen Prozeßentwicklung, auffällige Dislokationen einzelner Bestimmungen sind nicht bemerklich; erst bei § 427 beginnen die Bestimmungen über die Hauptverhandlung, § 427 spricht ausdrücklich von der Vertretung des Angeklagten in der Hauptverhandlung durch einen Rechtsanwalt: hätte also die Bestimmung des § 418 nur beschränkte Anwendbarkeit auf die Hauptverhandlung, so hätte auch letztere Bestimmung unmittelbar vor oder bei § 427 Aufnahme finden müssen, wie denn auch z. B. die beschränkende Bestimmung des § 430 II zutreffend hinter die des § 429 gesetzt wurde. Aber auch die Ausdrucksweise des § 418 steht dem nicht entgegen: das Erscheinen des Privatklägers erfolgt ja zwar vornehmlich in der Hauptverhandlung, ist aber auch denkbar bei Stellung von Klagen mit Nachträgen hierzu, insbesondere auch Beweisanträgen. Eine Vertretung des Privatklägers durch Rechtsagenten, Kommissionäre und ähnliche Personen ist sonach ausgeschlossen. (Im Einklang hiermit: Löwe, Komm. z. StPO. § 418. Siehe auch Stenglein, 3. Aufl. § 418 Anm. 2. Schwarze, Erört. § 10 S. 50; Bennecke-Beling, Deutsches Strafprozeßrecht § 141 S. 631; Ullmann, Strafprozeßordnung § 130 S. 550. Dagegen Glaser, Strafprozeß Bd. II § 75 S. 194.)

Demnach war der Eröffnungsbeschluß des Amtsgerichts D. in ungesetzlicher Weise ergangen: dieser Mangel ist wesentlich und unheilbar, es fehlte eine wesentliche Prozeßvoraussetzung für das ganze Verfahren, die Hauptverhandlung I. Instanz erfolgte in ungesetzlicher Weise und es war deshalb durch Beschluß, nicht durch Urteil das erstinstanzielle Urteil aufzuheben und das Verfahren auf die Privatklage einzustellen. (Vgl. die Entsch. d. Reichsger. in Strafsachen, Bd. 24 S. 65, Bd. 32 S. 81.) Hiegegen hat der Vertreter des Privatklägers die Beschwerde zum Obersten Landesgerichte in München eingelegt, dieser Gerichtshof hat jedoch mit Beschluß vom 30. März 1904 die Beschwerde als unbegründet verworfen, wobei er die Gründe der Vorinstanz als zutreffend bezeichnete.

Landsgerichtsrat Lindner in Neuburg a. D.

## Aus der Praxis der Gerichte.

### Reichsgericht.

#### A. Zivilsachen.

I.

**Zu § 313 Abs. 1 Ziff. 1 CPO.** Am 1. Mai 1900 nahm die Aktiengesellschaft N. von der H.schen Bank eine Anleihe auf, über die 1200 auf den Namen der H.schen Bank oder deren Order lautende Teilschuldverschreibungen unter Bestellung einer Sicherungshypothek ausgestellt wurden. Die H.sche Bank wurde als Vertreterin der jeweiligen Inhaber im Sinne des Gesetzes vom 4. Dezember 1899 (betr. die gemeinsamen Rechte der Inhaber von Schuldverschreibungen) und des § 1189 BGB. bestellt. Es wurde ihr insbesondere auch unter Ausschluß des Kündigungsrechts der einzelnen Inhaber das Recht eingeräumt, unter gewissen Voraussetzungen sofortige Rückzahlung zu verlangen. Am 24. Januar 1903 kündigte die H.sche Bank die Anleihe und erhob Klage auf Zahlung von 50 Schuldverschreibungen. Das Landgericht wies die Klage ab. Das Oberlandesgericht gab ihr auf Berufung statt. Es bezeichnete im Urteil als Kläger: „Die Inhaber der Teilschuldverschreibungen Nr. 280, 285, 351—355 usw. ......, vertreten durch die H.sche Bank in H." Das Reichsgericht verwies die Sache zurück.

Aus den Gründen: Die Revision rügt mit Recht, daß die Bezeichnung der Kläger in dem angefochtenen Urteile den § 313 Abs. 1 Ziff. 1 CPO. verletze, wornach das Urteil die Bezeichnung der Parteien nach Namen, Stand oder Gewerbe, Wohnort und Parteistellung zu enthalten hat. Im Urteile sind ohne nähere Angabe der Personen, die als Kläger auftreten, die Inhaber von 50 nach Nummern bezeichneten Teilschuldverschreibungen einer Anleihe der Aktiengesellschaft N. als Kläger angeführt. Das Urteil würde der materiellen Rechtskraft unfähig sein. Betrachtete das Oberlandesgericht die Inhaber der Teilschuldverschreibungen als Kläger, so mußte es auf ihre richtige Bezeichnung hinwirken, zumal die Teilschuldverschreibungen nicht Inhaberpapiere sind, sondern auf den Namen oder die Order der H.schen Bank

lauten. Da dies nicht geschehen ist, die angefochtene Entscheidung aber auf dieser Verletzung der CPO. beruht, so war sie aufzuheben. Die Sache war zurückzuverweisen. (Urt. des I. C.-S. vom 8. Februar 1905.)

— — — n.

II.

**Umfang der dem Lagerhalter obliegenden Sorgfalt. Haftung des Lagerhalters für Diebstahl.** Beim Beklagten waren vom Kläger eingelagerte Sachen abhanden gekommen. Beklagter konnte als Ursache nur einen Diebstahl angeben. Er wurde für den Fall, daß Kläger die Einlagerung durch Eid erhärte, zum Schadensersatz verurteilt. Die Revision war erfolglos.

Aus den Gründen: Das Berufungsgericht nimmt an, daß Beklagter die ihm obliegende Sorgfalt verletzte, wenn er einem Gelegenheitsarbeiter, den er auf seine Zuverlässigkeit noch nicht erprobt hatte, ohne weitere Aufsicht Zutritt zum Lager gestattete und ihm so die Möglichkeit der Verübung fortgesetzter Diebstähle gestattete. In Verbindung mit dem Umstande, daß Beklagter die Sachen nicht zurückgeben kann und eine andere Ursache für das Abhandenkommen als die Diebstähle des K. nicht einmal behauptet, genügt diese Ausführung, um die Verurteilung aus § 390 HGB. zu rechtfertigen. Was die Revision hiegegen ausführt, ist belanglos, insbesondere die Berufung auf § 831 BGB., der gar nicht hierher gehört, weil nicht aus einer unerlaubten Handlung, sondern aus dem Lagervertrage geklagt wird. (Urt. des I. C.-S. vom 22. Februar 1905.)

— — n

III.

**Zu §§ 459, 121 BGB.** 1. Teilweise Unbebaubarkeit einer als Bauland verkauften Fläche ist nicht unbedingter Gewährsfehler. 2. Nicht schon Zweifel, sondern erst das deutliche Bewußtsein des Fehlens vorausgesetzter Eigenschaften verpflichten zur unverzüglichen Anfechtung wegen Irrtums.

Aus den Gründen: Zu 1. Es ist anzuerkennen, daß ein als Bauland verkauftes Grundstück an einem unter Abs. 1 des § 459 fallenden Fehler leidet, wenn seine Bebauungsfähigkeit durch ortsstatutarische oder sonstige rechtliche Vorschriften ganz aufgehoben ist, denn dann ist es überhaupt kein Bauland mehr. Ein solcher Fall steht jedoch hier nicht in Frage, das streitige Grundstück soll allerdings zu einem großen Teil Straßenland werden, kann aber noch mit einem Hause bebaut werden. Die Möglichkeit, daß die Bebauungsfähigkeit rechtlich eingeschränkt ist, ist bei jedem Grundstück in Orten, in denen ein Bebauungsplan festgestellt ist, gegeben, sie ist gewissermaßen ein Mangel, der jedem Grundstück anhaftet, auf den daher der Käufer gefaßt sein muß. . . . Da aber den Umfang der Ausnutzungsverhinderung lediglich der Bebauungsplan bestimmt, also nichts als selbstverständlich vorausgesetzt werden konnte, darf der Käufer nicht einen Fehler des Grundstücks darin finden, daß die Unbebaubarkeit einen größeren Umfang hatte, als er angenommen haben mag. Hiergegen hätte er sich durch besondere Vereinbarungen mit dem Verkäufer sichern müssen. Zu 2. Hätte der Berufungsrichter angenommen, wovon die Revision auszugehen scheint, daß der Beklagte schon beim Auftauchen eines Zweifels an der Richtigkeit des Inhalts seiner Willenserklärung verpflichtet gewesen wäre, den Vertrag anzufechten, so würde dies allerdings rechtsirrtümlich gewesen sein. So ist aber die Ausführung des Berufungsrichters nicht zu verstehen, sondern dahin, daß der Beklagte schon vor dem 2. Dezember 1901 zu einem so deutlichen Bewußtsein des Fehlers der vorausgesetzten Eigenschaften des Grundstücks gekommen sei, daß er darüber hätte schlüssig werden können, also auch müssen, daß er den Vertrag deswegen anfechten könne. Unter diesen Umständen war allerdings die Anfechtungserklärung im Januar 1902 für verspätet zu erachten. (Urt. V 363/04 vom 1. Februar 1905.)

— — — r.

IV.

**Zu §§ 434, 440, 326, 327, 303, 348 BGB.** Der zur Rücknahme des Grundstücks verpflichtete Verkäufer, der es nach Rücktritt des Käufers vom Vertrage nicht zurückgenommen und für Abwendung der Zwangsversteigerung nicht gesorgt hat, trägt an dieser die Schuld.

Aus den Gründen: Der Beklagte hat die Rücknahme (des Grundstücks) zu einer Zeit, als die Kläger noch zur Rückgabe imstande waren, verweigert. Er hat von der Einleitung der Zwangsversteigerung Kenntnis gehabt. Wird (durch den Eid) festgestellt, daß die Kläger zum Rücktritte berechtigt waren, so war es Sache des Beklagten, dafür zu sorgen, daß die Zwangsversteigerung abgewendet wurde und darin, daß er dies nicht getan hat, liegt sein Verschulden. . . Die Kläger waren zum Anbieten der Herausgabe neben ihrer Rücktrittserklärung nicht verpflichtet, sie brauchten auch nur Zug um Zug gegen Empfang ihrer Anzahlung zurückzugeben (§ 348). Sie konnten nach § 303 den Besitz des Grundstücks aufgeben, sie mußten es aber nicht und würden damit ihren Anspruch auf Rückzahlung des angezahlten Kaufgeldes gefährdet haben. Daß sie im Genusse des Grundstücks blieben, hatte für sie nur die Verpflichtung zur Erhaltung des Grundstücks in seinem bisherigen Zustand und zur Vergütung des Wertes der Nutzungen, nicht aber die Verpflichtung zur Bezahlung der Zinsen und des Kaufgeldes zur Folge. . . Nicht darauf kommt es an, ob der Beklagte den Rücktritt für unberechtigt hielt, sondern ob der Rücktritt unberechtigt war und dies ist nicht der Fall, wenn der Kläger den Eid leistet. (Urt. V 350/04 vom 4. Februar 1905.)

— — — r.

---

B. Strafsachen.

**Zum Begriffe der Mittäterschaft (§ 47 StGB.) oder Teilnehmerschaft (§ 56 Ziff. 3 StPO.).** Der Fabrikarbeiter H. hatte der Ehefrau B. über R. eine ehrenrührige Tatsache mitgeteilt. Die Ehefrau B. erzählte es ihrem Manne und dieser, ebenfalls ein Fabrikarbeiter, behauptete nun dieselbe ehrenrührige Tatsache über R. gelegentlich der Arbeit in der Fabrik auch gegenüber anderen Arbeitsgenossen. H. und B. wurden aus § 186 StGB. unter Anklage gestellt. Die Frau B. war als Zeugin zu vernehmen. Es ergab sich die Frage, ob sie zu beeidigen sei.

Aus den Gründen. „Die Nichtbeeidigung der Zeugin Frau B., welche von der Strafkammer damit begründet wurde, daß die Zeugin „als Mittäterin der die Untersuchung bildenden Tat verdächtig" sei, wird von der Revision mit Grund gerügt. Die Entscheidung der Frage, ob die Voraussetzungen des § 56 Ziff. 3 StPO. gegeben sind, ist zwar in tatsächlicher Hinsicht der Nachprüfung des Revisionsgerichts entzogen, ist ihr aber doch insoweit unterworfen, als aus den Umständen erkennbar oder zu vermuten ist, daß ein Rechtsirrtum oder eine unrichtige Auffassung der Bestimmung des § 56 Ziff. 3 StPO. in Mitte liege. In dieser Hinsicht gibt der Beschluß der Strafkammer, die Frau B. nicht zu beeidigen, in der Tat Anlaß zu Bedenken. Den Gegenstand der Untersuchung bildete nach der Anklage gegen jeden der beiden Angeklagten B. (Ehemann) und H. je eine selbständige, in der mündlichen Behauptung bzw. Verbreitung einer ehrenrührigen Tatsache über R. bestehende Handlung. Ein Zusammenhang zwischen diesen Straftaten der beiden Angeklagten bestand sowohl nach der Anklage, als nach den Fest-

stellungen des Urteils nur insofern, als dem Angeklagten B. der Stoff zu seinen Aeußerungen von seiner Frau — der Zeugin — zugetragen worden war, nachdem diese ihn durch eine Aeußerung des Angeklagten H. erfahren hatte. Daß irgendwie sonst eine Beziehung zwischen den beiden Straftaten der Angeklagten oder zwischen diesen und der Tätigkeit der Frau B. bestanden hätte, ist nicht ersichtlich. Nach der Sachlage ist zu vermuten, daß die Strafkammer bei ihrem Beschlusse nicht etwa eine Verschmelzung der beiden an sich selbständigen Vorgänge, in welchen nach der Anklage die Straftaten der beiden Angeklagten begründet sein sollten, zu **einem** Vorgang und damit eine einheitliche Tat mit der Möglichkeit der Mittäterschaft der Frau B. im Sinne des § 47 StGB. als Gegenstand der Untersuchung im Auge gehabt hat, und der Satz des Beschlusses, die Ehefrau B. sei „als Mittäterin der die Untersuchung bildenden Tat verdächtig", kann wohl nur in dem Sinne verstanden werden, daß Frau B. deshalb, weil sie die Aeußerung des H. ihrem Manne hinterbracht habe, der Verübung einer gleichartigen Tat, wie die beiden Angeklagten, verdächtig sei. . . . . Hienach müßte sich aber die Tätigkeit der Frau B. ebenso als ein selbständiger Vorgang darstellen, wie das Vorgehen der beiden Angeklagten. Der Umstand, daß das Handeln der Frau B. sich in der gleichen Weise gegen dieselbe Person gerichtet haben würde, wie das der beiden Angeklagten, könnte für sich allein eine Teilnahme im Sinne des § 56 Ziff. 3 StPO. nicht begründen und daran vermöchte auch der erwähnte äußere und innere Zusammenhang der drei einzelnen, zeitlich und räumlich gesonderten Vorgänge nichts zu ändern, da die Tätigkeit der Frau B. allein und an sich nicht als eine strafbare **Mitwirkung** zu der Straftat des einen oder des anderen oder gar beider Angeklagten zu erachten wäre (Entsch. d. RG. Bd. 12 S. 190, 193, Bd. 17 S. 116, 119/120, Bd. 29 S. 32, 34). Nur im Falle einer solchen, wenn auch im weitesten Rahmen sich bewegenden Mitwirkung zu einem einheitlichen Vorgange, welcher sowohl die Tätigkeit der Zeugin als jene des einen oder anderen oder beider Angeklagten umfassen würde, könnten die Voraussetzungen des § 56 Ziff. 3 StPO. gegeben sein. Daß die Begründung des Beschlusses in diesem Sinne erfolgt sein sollte, muß bezweifelt werden." (Urt. des I. Str.S. v. 13. März 1905.) B.

---

## Oberstes Landesgericht.

### A. Zivilsachen.

**Auf Grund eines Gewohnheitsrechtes erlangten im rechtsrheinischen Bayern vor dem 1. Januar 1900 vertragsmäßige Veräußerungs- und Belastungsverbote zur Sicherung von Forderungsrechten durch Eintragung in das Hypothekenbuch dingliche Wirkung; sie sind auch nach dem Inkrafttreten des BGB. wirksam geblieben.** In einem notariellen Gutsübergabsvertrage vom Jahre 1896 hatte der Uebernehmer sich verpflichtet, dem Uebergeber das lebenslängliche Wohnungsrecht „im jährlichen Anschlage von 120 Mk." zu gewähren und ihm im Falle der Weiterveräußerung die Hälfte des Mehrerlöses zu zahlen. Der Uebergeber hatte „auf hypothekarische Sicherstellung" des Wohnungsrechts verzichtet, dagegen war vereinbart worden, daß sowohl „mit Rücksicht auf die Wohnungseinräumung" als auch wegen des Anspruchs auf die Hälfte des künftigen Mehrerlöses Veräußerungs- und Belastungsverbote in das Hypothekenbuch eingetragen werden sollen. Der Eintrag war alsbald erfolgt. Im Jahre 1905 stellte der Uebernehmer bei dem Hypothekenamte den Antrag, die Veräußerungs- und Belastungsverbote zu löschen, weil sie ihrem Inhalte nach unzulässig seien. Der Antrag wurde abgelehnt, Beschwerde und weitere Beschwerde des Antragstellers wurden zurückgewiesen, letztere aus folgenden Gründen: Während die in früherer Zeit vielfach angenommene, auch in den Anm. z. BLR. II 2 § 6 Nr. 4 vertretene Ansicht, daß der Eigentümer durch Vertrag seine Befugnis zur Verfügung über seine Sache beschränken, sich insbesondere einem Veräußerungsverbot unterwerfen könne, für das gemeine Recht als aufgegeben anzusehen ist und Meinungsverschiedenheit nur noch darüber besteht, ob zugunsten eines Pfandgläubigers auf die Veräußerungsbefugnis verzichtet werden kann, hat im rechtsrheinischen Bayern eine allgemein verbreitete, seit langer Zeit bestehende Rechtsübung an der Ansicht festgehalten, daß zur Sicherung eines Forderungsrechts die Befugnis des Schuldners zur Veräußerung und Belastung eines ihm gehörenden Grundstücks durch Vertrag und Eintragung in das Hypothekenbuch beschränkt werden könne. Es war eine sehr häufige Erscheinung des Rechtslebens, daß die Beteiligten, wie in dem vorliegenden Falle, in notariell beurkundeten Verträgen, statt eine Hypothek zu bestellen, eine solche Verfügungsbeschränkung vereinbarten, die vereinbarten Beschränkungen wurden anstandslos in das Hypothekenbuch eingetragen, die Gläubiger vertrauten auf die Vereinbarung und die Eintragung und erachteten sich durch das eingetragene Veräußerungs- und Belastungsverbot gesichert. Auf diese Rechtsübung hat die Gesetzgebung Rücksicht genommen. Bei der Beratung des § 60 des Landtagsabschiedes vom 29. April 1869 im Ausschusse der Kammer der Abgeordneten beantragte der Staatsminister der Justiz, indem er darauf aufmerksam machte, daß die zunächst nur für die Hypothekbestellung und die Uebertragung und Verpfändung von Hypothekforderungen in Aussicht genommene Erleichterung der vorgeschriebenen Form sich „auch in Bezug auf andere häufig vorkommende Rechtsgeschäfte" empfehle, die Vorschrift auf „Beschränkungen in der Befugnis zur weiteren Verpfändung oder Veräußerung, welcher sich der Besitzer von Liegenschaften oder gleich geachteten Rechten in Beziehung auf eine Schuldverbindlichkeit unterwirft", zu erstrecken (Vhdl. d. K. d. Abg. 1866/69 Beil. Bd. V S. 470 u. der K. der Reichsr. 1868/69 Beil. Bd. VII S. 667), und dieser Zusatz ist in das Gesetz aufgenommen worden. Daraus läßt sich entnehmen, daß der Gesetzgeber der bestehenden Uebung solche Bedeutung beigelegt hat, daß er eine Erleichterung der Form für zweckmäßig erachtete. Der vormalige Oberste Gerichtshof hat allerdings in einem Urteile vom 28. März 1876 (Aeltere Samml. Bd. VI S. 525), ohne die bestehende Uebung zu erwähnen, unter Berufung auf gemeinrechtliche Schriftsteller ausgesprochen, ein vertragsmäßiges Veräußerungsverbot erlange durch die Eintragung in das Hypothekenbuch nicht dingliche Wirkung. Der Rechtsverkehr hat sich aber durch diese vereinzelte Entscheidung in der bisherigen Rechtsübung nicht beirren lassen, und das Oberste Landesgericht hat später in den Beschlüssen vom 8. August 1887 und 3. April 1897 (Aeltere Samml. Bd. XI S. 688 und Bd. XVI S. 337) die Wirksamkeit der üblichen Verfügungsbeschränkungen anerkannt, in dem Beschlusse vom 3. April 1897 insbesondere betont, daß die hypothekenamtliche Praxis Rechtsgeschäften, in denen der Eigentümer sich zu einer Beschränkung seiner Veräußerungsbefugnisse verstanden hat, maßgebende Bedeutung beilegt. Die Herrschaft, die die Rechtsüberzeugung von der Wirksamkeit der in Rede stehenden Verfügungsbeschränkungen im Rechtsverkehr und in der Uebung der Gerichte erlangt und während eines langen Zeitraums behauptet hat, rechtfertigt die Annahme eines Gewohnheitsrechts (BLR. Tit. I K. 2 § 15), das gestattete, zur Sicherung von Forderungsrechten Verfügungsbeschränkungen zu vereinbaren, die durch die Eintragung in das Hypothekenbuch dingliche Wirkung erlangten. Soweit solche Beschränkungen zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestanden, sind sie nach Art. 168 EG. z. BGB. wirk-

lauten. Da dies nicht geschehen ist, die angefochtene Entscheidung aber auf dieser Verletzung der CPO. beruht, so war sie aufzuheben. Die Sache war zurückzuverweisen. (Urt. des I. C.-S. vom 8. Februar 1905.)

— — — n.

II.

**Umfang der dem Lagerhalter obliegenden Sorgfalt. Haftung des Lagerhalters für Diebstahl.** Beim Beklagten waren vom Kläger eingelagerte Sachen abhanden gekommen. Beklagter konnte als Ursache nur einen Diebstahl angeben. Er wurde für den Fall, daß Kläger die Einlagerung durch Eid erhärte, zum Schadensersatz verurteilt. Die Revision war erfolglos.

Aus den Gründen: Das Berufungsgericht nimmt an, daß Beklagter die ihm obliegende Sorgfalt verletzte, wenn er einem Gelegenheitsarbeiter, den er auf seine Zuverlässigkeit noch nicht erprobt hatte, ohne weitere Aufsicht Zutritt zum Lager gestattete und ihm so die Möglichkeit der Verübung fortgesetzter Diebstähle gestattete. In Verbindung mit dem Umstande, daß Beklagter die Sachen nicht zurückgeben kann und eine andere Ursache für das Abhandenkommen als die Diebstähle des K. nicht einmal behauptet, genügt diese Ausführung, um die Verurteilung aus § 390 HGB. zu rechtfertigen. Was die Revision hiegegen ausführt, ist belanglos, insbesondere die Berufung auf § 831 BGB., der gar nicht hierher gehört, weil nicht aus einer unerlaubten Handlung, sondern aus dem Lagervertrage geklagt wird. (Urt. des I. C.-S. vom 22. Februar 1905.)

— — n.

III.

**Zu §§ 459, 121 BGB.** 1. Teilweise Unbebaubarkeit einer als Bauland verkauften Fläche ist nicht unbedingter Gewährsfehler. 2. Nicht schon Zweifel, sondern erst das deutliche Bewußtsein des Fehlens vorausgesetzter Eigenschaften verpflichten zur unverzüglichen Anfechtung wegen Irrtums.

Aus den Gründen: Zu 1. Es ist anzuerkennen, daß ein als Bauland verkauftes Grundstück an einem unter Abs. 1 des § 459 fallenden Fehler leidet, wenn seine Bebauungsfähigkeit durch ortsstatutarische oder sonstige rechtliche Vorschriften ganz aufgehoben ist, denn dann ist es überhaupt kein Bauland mehr. Ein solcher Fall steht jedoch hier nicht in Frage, das streitige Grundstück soll allerdings zu einem großen Teil Straßenland werden, kann aber noch mit einem Hause bebaut werden. Die Möglichkeit, daß die Bebauungsfähigkeit rechtlich eingeschränkt ist, ist bei jedem Grundstück in Orten, in denen ein Bebauungsplan festgestellt ist, gegeben, sie ist gewissermaßen ein Mangel, der jedem Grundstück anhaftet, auf den daher der Käufer gefaßt sein muß.... Da aber den Umfang der Ausnutzungsverhinderung lediglich der Bebauungsplan bestimmt, also nichts als selbstverständlich vorausgesetzt werden konnte, darf der Käufer nicht einen Fehler des Grundstücks darin finden, daß die Unbebaubarkeit einen größeren Umfang hatte, als er angenommen haben mag. Hiergegen hätte er sich durch besondere Vereinbarungen mit dem Verkäufer sichern müssen. Zu 2. Hätte der Berufungsrichter angenommen, wovon die Revision auszugehen scheint, daß der Beklagte schon beim Auftauchen eines Zweifels an der Richtigkeit des Inhalts seiner Willenserklärung verpflichtet gewesen wäre, den Vertrag anzufechten, so würde dies allerdings rechtsirrtümlich gewesen sein. So ist aber die Ausführung des Berufungsrichters nicht zu verstehen, sondern dahin, daß der Beklagte schon vor dem 2. Dezember 1901 zu einem so deutlichen Bewußtsein des Fehlers der vorausgesetzten Eigenschaften des Grundstücks gekommen sei, daß er darüber hätte schlüssig werden können, also auch müssen, daß er den Vertrag deswegen anfechten könne. Unter diesen Umständen war allerdings die Anfechtungserklärung im Januar 1902 für verspätet zu erachten. (Urt. V 363/04 vom 1. Februar 1905.)

— — — r.

IV.

**Zu §§ 434, 440, 326, 327, 303, 348 BGB.** Der zur Rücknahme des Grundstücks verpflichtete Verkäufer, der es nach Rücktritt des Käufers vom Vertrage nicht zurückgenommen und für Abwendung der Zwangsversteigerung nicht gesorgt hat, trägt an dieser die Schuld.

Aus den Gründen: Der Beklagte hat die Rücknahme (des Grundstücks) zu einer Zeit, als die Kläger noch zur Rückgabe imstande waren, verweigert. Er hat von der Einleitung der Zwangsversteigerung Kenntnis gehabt. Wird (durch den Eid) festgestellt, daß die Kläger zum Rücktritte berechtigt waren, so war es Sache des Beklagten, dafür zu sorgen, daß die Zwangsversteigerung abgewendet wurde und darin, daß er dies nicht getan hat, liegt sein Verschulden... Die Kläger waren zum Anbieten der Herausgabe neben ihrer Rücktrittserklärung nicht verpflichtet, sie brauchten auch nur Zug um Zug gegen Empfang ihrer Anzahlung zurückzugeben (§ 348). Sie konnten nach § 303 den Besitz des Grundstücks aufgeben, sie mußten es aber nicht und würden damit ihren Anspruch auf Rückzahlung des angezahlten Kaufgeldes gefährdet haben. Daß sie im Genusse des Grundstücks blieben, hatte für sie nur die Verpflichtung zur Erhaltung des Grundstücks in seinem bisherigen Zustand und zur Vergütung des Wertes der Nutzungen, nicht aber die Verpflichtung zur Bezahlung der Zinsen und des Kaufgeldes zur Folge. . . Nicht darauf kommt es an, ob der Beklagte den Rücktritt für unberechtigt hielt, sondern ob der Rücktritt unberechtigt war und dies ist nicht der Fall, wenn der Kläger den Eid leistet. (Urt. V 350/04 vom 4. Februar 1905.)

— — — r.

---

B. Strafsachen.

**Zum Begriffe der Mittäterschaft (§ 47 StGB.) oder Teilnehmerschaft (§ 56 Ziff. 3 StPO.).** Der Fabrikarbeiter H. hatte der Ehefrau B. über N. eine ehrenrührige Tatsache mitgeteilt. Die Ehefrau B. erzählte es ihrem Manne und dieser, ebenfalls ein Fabrikarbeiter, behauptete nun dieselbe ehrenrührige Tatsache über N. gelegentlich der Arbeit in der Fabrik auch gegenüber anderen Arbeitsgenossen. H. und B. wurden aus § 186 StGB. unter Anklage gestellt. Die Frau B. war als Zeugin zu vernehmen. Es ergab sich die Frage, ob sie zu beeidigen sei.

Aus den Gründen. „Die Nichtbeeidigung der Zeugin Frau B., welche von der Strafkammer damit begründet wurde, daß die Zeugin „als Mittäterin der die Untersuchung bildenden Tat verdächtig" sei, wird von der Revision mit Grund gerügt. Die Entscheidung der Frage, ob die Voraussetzungen des § 56 Ziff. 3 StPO. gegeben sind, ist zwar in tatsächlicher Hinsicht der Nachprüfung des Revisionsgerichts entzogen, ist ihr aber doch insoweit unterworfen, als aus den Umständen erkennbar oder zu vermuten ist, daß ein Rechtsirrtum oder eine unrichtige Auffassung der Bestimmung des § 56 Ziff. 3 StPO. in Mitte liege. In dieser Hinsicht gibt der Beschluß der Strafkammer, die Frau B. nicht zu beeidigen, in der Tat Anlaß zu Bedenken. Den Gegenstand der Untersuchung bildete nach der Anklage gegen jeden der beiden Angeklagten B. (Ehemann) und H. je eine selbständige, in der mündlichen Behauptung bzw. Verbreitung einer ehrenrührigen Tatsache über N. bestehende Handlung. Ein Zusammenhang zwischen diesen Straftaten der beiden Angeklagten bestand sowohl nach der Anklage, als nach den Fest-

stellungen des Urteils nur insofern, als dem Angeklagten B. der Stoff zu seinen Aeußerungen von seiner Frau — der Zeugin — zugetragen worden war, nachdem diese ihn durch eine Aeußerung des Angeklagten H. erfahren hatte. Daß irgendwie sonst eine Beziehung zwischen den beiden Straftaten der Angeklagten oder zwischen diesen und der Tätigkeit der Frau B. bestanden hätte, ist nicht ersichtlich. Nach der Sachlage ist zu vermuten, daß die Strafkammer bei ihrem Beschlusse nicht etwa eine Verschmelzung der beiden an sich selbständigen Vorgänge, in welchen nach der Anklage die Straftaten der beiden Angeklagten begründet sein sollten, zu einem Vorgang und damit eine einheitliche Tat mit der Möglichkeit der Mittäterschaft der Frau B. im Sinne des § 47 StGB. als Gegenstand der Untersuchung im Auge gehabt hat, und der Satz des Beschlusses, die Ehefrau B. sei „als Mittäterin der die Untersuchung bildenden Tat verdächtig", kann wohl nur in dem Sinne verstanden werden, daß Frau B. deshalb, weil sie die Aeußerung des H. ihrem Manne hinterbracht habe, der Verübung einer gleichartigen Tat, wie die beiden Angeklagten, verdächtig sei..... Hienach müßte sich aber die Tätigkeit der Frau B. ebenso als ein selbständiger Vorgang darstellen, wie das Vorgehen der beiden Angeklagten. Der Umstand, daß das Handeln der Frau B. sich in der gleichen Weise gegen dieselbe Person gerichtet haben würde, wie das der beiden Angeklagten, könnte für sich allein eine Teilnahme im Sinne des § 56 Ziff. 3 StPO. nicht begründen und daran vermöchte auch der erwähnte äußere und innere Zusammenhang der drei einzelnen, zeitlich und räumlich gesonderten Vorgänge nichts zu ändern, da die Tätigkeit der Frau B. allein und an sich nicht als eine strafbare Mitwirkung zu der Straftat des einen oder des anderen oder gar beider Angeklagten zu erachten wäre (Entsch. d. RG. Bd. 12 S. 190, 193, Bd. 17 S. 116, 119/120, Bd. 29 S. 32, 34). Nur im Falle einer solchen, wenn auch im weitesten Rahmen sich bewegenden Mitwirkung zu einem einheitlichen Vorgange, welcher sowohl die Tätigkeit der Zeugin als jene des einen oder anderen oder beider Angeklagten umfassen würde, könnten die Voraussetzungen des § 56 Ziff. 3 StPO. gegeben sein. Daß die Begründung des Beschlusses in diesem Sinne erfolgt sein sollte, muß bezweifelt werden." (Urt. des I. Str.S. v. 13. März 1905.) B.

---

## Oberstes Landesgericht.

### A. Zivilsachen.

**Auf Grund eines Gewohnheitsrechtes erlangten im rechtsrheinischen Bayern vor dem 1. Januar 1900 vertragsmäßige Veräußerungs- und Belastungsverbote zur Sicherung von Forderungsrechten durch Eintragung in das Hypothekenbuch dingliche Wirkung; sie sind auch nach dem Inkrafttreten des BGB. wirksam geblieben.** In einem notariellen Gutsübergabsvertrage vom Jahre 1896 hatte der Uebernehmer sich verpflichtet, dem Uebergeber das lebenslängliche Wohnungsrecht „im jährlichen Anschlage von 120 Mk." zu gewähren und ihm im Falle der Weiterveräußerung die Hälfte des Mehrerlöses zu zahlen. Der Uebergeber hatte „auf hypothekarische Sicherstellung" des Wohnungsrechts verzichtet, dagegen war vereinbart worden, daß sowohl „mit Rücksicht auf die Wohnungseinräumung" als auch wegen des Anspruchs auf die Hälfte des künftigen Mehrerlöses Veräußerungs- und Belastungsverbote in das Hypothekenbuch eingetragen werden sollen. Der Eintrag war alsbald erfolgt. Im Jahre 1905 stellte der Uebernehmer bei dem Hypothekenamte den Antrag, die Veräußerungs- und Belastungsverbote zu löschen, weil sie ihrem Inhalte nach unzulässig seien. Der Antrag wurde abgelehnt, Beschwerde und weitere Beschwerde des Antragstellers wurden zurückgewiesen, letztere aus folgenden Gründen: Während die in früherer Zeit vielfach angenommene, auch in den Anm. z. BLR. II 2 § 6 Nr. 4 vertretene Ansicht, daß der Eigentümer durch Vertrag seine Befugnis zur Verfügung über seine Sache beschränken, sich insbesondere einem Veräußerungsverbot unterwerfen könne, für das gemeine Recht als aufgegeben anzusehen ist und Meinungsverschiedenheit nur noch darüber besteht, ob zugunsten eines Pfandgläubigers auf die Veräußerungsbefugnis verzichtet werden kann, hat im rechtsrheinischen Bayern eine allgemein verbreitete, seit langer Zeit bestehende Rechtsübung an der Ansicht festgehalten, daß zur Sicherung eines Forderungsrechts die Befugnis des Schuldners zur Veräußerung und Belastung eines ihm gehörenden Grundstücks durch Vertrag und Eintragung in das Hypothekenbuch beschränkt werden könne. Es war eine sehr häufige Erscheinung des Rechtslebens, daß die Beteiligten, wie in dem vorliegenden Falle, in notariell beurkundeten Verträgen, statt eine Hypothek zu bestellen, eine solche Verfügungsbeschränkung vereinbarten, die vereinbarten Beschränkungen wurden anstandslos in das Hypothekenbuch eingetragen, die Gläubiger vertrauten auf die Vereinbarung und die Eintragung und erachteten sich durch das eingetragene Veräußerungs- und Belastungsverbot gesichert. Auf diese Rechtsübung hat die Gesetzgebung Rücksicht genommen. Bei der Beratung des § 60 des Landtagsabschiedes vom 29. April 1869 im Ausschusse der Kammer der Abgeordneten beantragte der Staatsminister der Justiz, indem er darauf aufmerksam machte, daß die zunächst nur für die Hypothekbestellung und die Uebertragung und Verpfändung von Hypothekforderungen in Aussicht genommene Erleichterung der vorgeschriebenen Form sich „auch in Bezug auf andere häufig vorkommende Rechtsgeschäfte" empfehle, die Vorschrift auf „Beschränkungen in der Befugnis zur weiteren Verpfändung oder Veräußerung, welcher sich der Besitzer von Liegenschaften oder gleich geachteten Rechten in Beziehung auf eine Schuldverbindlichkeit unterwirft", zu erstrecken (Vhdl. d. K. d. Abg. 1866/69 Beil. Bd. V S. 470 u. der K. der Reichsr. 1868/69 Beil. Bd. VII S. 667), und dieser Zusatz ist in das Gesetz aufgenommen worden. Daraus läßt sich entnehmen, daß der Gesetzgeber der bestehenden Uebung solche Bedeutung beigelegt hat, daß er eine Erleichterung der Form für zweckmäßig erachtete. Der vormalige Oberste Gerichtshof hat allerdings in einem Urteile vom 28. März 1876 (Aeltere Samml. Bd. VI S. 525), ohne die bestehende Uebung zu erwähnen, unter Berufung auf gemeinrechtliche Schriftsteller ausgesprochen, ein vertragsmäßiges Veräußerungsverbot erlange durch die Eintragung in das Hypothekenbuch nicht dingliche Wirkung. Der Rechtsverkehr hat sich aber durch diese vereinzelte Entscheidung in der bisherigen Rechtsübung nicht beirren lassen, und das Oberste Landesgericht hat später in den Beschlüssen vom 8. August 1887 und 3. April 1897 (Aeltere Samml. Bd. XI S. 688 und Bd. XVI S. 337) die Wirksamkeit der üblichen Verfügungsbeschränkungen anerkannt, in dem Beschlusse vom 3. April 1897 insbesondere betont, daß die hypothekenamtliche Praxis Rechtsgeschäften, in denen der Eigentümer sich zu einer Beschränkung seiner Veräußerungsbefugnisse verstanden hat, maßgebende Bedeutung beilegt. Die Herrschaft, die die Rechtsüberzeugung von der Wirksamkeit der in Rede stehenden Verfügungsbeschränkungen im Rechtsverkehr und in der Uebung der Gerichte erlangt und während eines langen Zeitraums behauptet hat, rechtfertigt die Annahme eines Gewohnheitsrechts (BLR. Tit. I K. 2 § 15), das gestattete, zur Sicherung von Forderungsrechten Verfügungsbeschränkungen zu vereinbaren, die durch die Eintragung in das Hypothekenbuch dingliche Wirkung erlangten. Soweit solche Beschränkungen zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestanden, sind sie nach Art. 168 EG. z. BGB. wirk-

sam geblieben, neue Beschränkungen solcher Art können aber seit dem 1. Januar 1900 nach § 137 BGB. nicht mehr entstehen, sie können also auch nicht zu Gunsten eines auf die Hypothek verzichtenden Hypothekgläubigers vereinbart werden. Das Gesetz, Aenderungen des Hypothekengesetzes betr., vom 20. Dezember 1903, hat sich lediglich mit der Ausgleichung mancher besonders mißlichen Verschiedenheiten zwischen dem bis zur Anlegung des Grundbuchs in Geltung bleibenden bisherigen und dem neuen Hypothekenrechte befaßt und in der neuen Fassung des § 44 Abs. 2 des Hypothekengesetzes die Vorschrift des § 1136 BGB. übernommen, die die nach § 137 Satz 2 BGB. zulässige Eingehung der Verpflichtung, über ein veräußerliches Recht nicht zu verfügen, für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer des mit Hypothek belasteten Grundstücks und dem Gläubiger ausschließt, es hat aber bestehende Rechtsverhältnisse, die mit dem Rechte der Hypothek in keinem Zusammenhange stehen, unberührt gelassen, insbesondere nicht in die Wirksamkeit der Verfügungsbeschränkungen eingegriffen, die zur Sicherung einer nicht mit Hypothek versehenen Forderung vereinbart worden waren. Von Aufhebung dieser Verfügungsbeschränkungen ist auch in der Begründung des Entwurfes zu dem Gesetze nicht die Rede. (Beschl. I. C.-S. Reg. III 23/1905 vom 31. März 1905).

Mitgeteilt von E. Yblagger, Rat am Obersten Landesgerichte.

---

## B. Strafsachen.

### I.

**Zur Allerh. Verordnung vom 21. Mai 1897.** Unter öffentlich vorgenommener Arbeit im Sinne der Allerh. Verordnung vom 21. Mai 1897, die Feier der Sonn- und Festtage betr., welche auf Grund des § 366 Nr. 1 StGB. erlassen ist, wird diejenige Arbeit verstanden, welche in einer Weise vorgenommen wird, daß sie von unbestimmt welchen und wie vielen Personen wahrgenommen wurde oder hätte wahrgenommen werden können, wenn die Personen ihre Aufmerksamkeit darauf gerichtet hätten (vgl. auch Entsch. d. Oberst. LG. Bd. 1 S. 405 und Bd. 4 S. 307). Der Begriff der Oeffentlichkeit wird auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Arbeiten in einem Zimmer vorgenommen wurden; es ist nicht erforderlich, daß an einem für jedermann zugänglichen Orte gearbeitet wird, es genügt die Wahrnehmbarkeit der Arbeit durch einen unbestimmten Personenkreis; nicht erforderlich ist, daß die einzelnen Hantierungen der Arbeiter wahrnehmbar sind, es genügt, wenn man die Arbeiter bei der Arbeit sehen kann (in dem der Entscheidung unterliegenden Falle konnte man nur die Beine der auf Leitern im Innern eines Neubaues stehenden Arbeiter sehen) Zur Strafbarkeit gehört nicht, daß eine Mehrzahl von Personen Aergernis genommen hat, sondern nur, daß die betreffende Arbeit geeignet war, öffentliches Aergernis zu erregen; ob das der Fall ist, ist Sache tatsächlicher Feststellung. (Urteil vom 11. April 1905.)

K.

### II.

**Wanderlager — Gewerbliche Niederlassung — Saisongeschäfte.** Ein „Wanderlager" hält nach Art. 15 Ziff. 1 des bayer. Ges. vom 10. März 1879/20. Dezember 1897 über die Besteuerung des Gewerbebetriebes im Umherziehen (GVBl. 1897 S. 423), wer außerhalb seines Wohnortes und außer dem Meß- und Marktverkehr von einer festen Verkaufsstätte aus vorübergehend Waren feilbietet oder feilbieten läßt. Der Begriff „gewerbliche Niederlassung" setzt nach § 42 Abs. 2 der Gew.O. mindestens voraus, daß der Gewerbetreibende im Inlande ein zu dauerndem Gebrauch eingerichtetes, beständig oder doch in regelmäßiger Wiederkehr von ihm benütztes Lokal für den Betrieb seines Gewerbes besitzt. Danach sollen die Wanderlager einerseits von dem stehenden Gewerbe ausgeschlossen, andererseits die Saisongeschäfte in Badeorten und ähnliche Geschäfte von dem Gewerbebetrieb im Umherziehen ausgenommen sein. Nach allgemeinem Sprachgebrauch versteht man unter Saisongeschäften solche Geschäfte, die bestimmt sind, die Bedürfnisse einer Saison zu decken. Der Begriff der „Saisongeschäfte", wie er dem § 42 Abs. 2 der Gew.O. und dem Art. 15 des erwähnten bayer. Gesetzes entspricht, ist enger zu begrenzen. Danach fallen unter Saisongeschäfte, die nicht als Wanderlager gelten sollen, nur jene, die auf einen längeren Zeitabschnitt eines Jahres, auf bestimmte Orte, auf an diesen Orten während jener Zeit alljährlich dargebotene Veranstaltungen und Einrichtungen sich beschränken und den auswärtigen Besuchern jener Orte zu dienen und ihre Bedürfnisse zu decken bestimmt sind. Da das Gesetz durch die Behandlung auswärtiger Händler an Bade- und Kurorten während der Kurzeit als Inhaber eines stehenden Gewerbes eine Ausnahme von der Regel eintreten läßt, so muß der Begriff der danach gestatteten Saisongeschäfte aufs engste ausgelegt werden. (Urteil vom 24. April 1905 Rev.-Reg. Nr. 16/05.)

Mitgeteilt von B.-A.-Assessor Dr. Schmidt im Min. des Aeußern.

---

## Oberlandesgericht München.[1])

**Haftung der Distriktsgemeinden für den Zustand ihrer Straßen.** Am 12. August 1901 scheute das Pferd des T. auf der Distriktsstraße der Ortschaft B. Neben der Straße lief etwa 1 m tiefer ein Fußweg, auf der einen Seite durch die höher liegende Straßenböschung, auf der anderen durch Häuser begrenzt. Straße und Fußweg waren durch kein Geländer geschieden. Die Anbringung eines solchen war im Etat der Distriktsgemeinde vorgesehen, jedoch noch nicht ausgeführt. Wagen und Pferde stürzten hinab; die Klägerin erlitt erhebliche Verletzungen. Ihrer Klage gegen den Tierhalter T. und die Distriktsgemeinde wurde in 1. Instanz stattgegeben. Die Berufung der Distriktsgemeinde wurde zurückgewiesen. Das Oberlandesgericht verwarf zunächst im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung den Einwand, daß eine Vorentscheidung des Verwaltungsgerichtshofes gemäß Art. 7 des Verw.Ger.H.G. nötig sei und führte unter Hinweisung auf §§ 89, 31 BGB. weiter aus: Es müsse der Beklagten zugegeben werden, daß unter normalen Verhältnissen die Anbringung eines Geländers nicht geboten sei, wenn der Straßenkörper seitlich in die nicht bedeutende Tiefe von 1.10 m abfalle. Auf freier Bahn werde, wenn die Böschung flach abfalle, vielfach eine Sicherung fehlen oder man werde sich mit Abweissteinen begnügen. Darin liege keine Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Anders aber sei es bei der Unfallstelle, weil sie an der Einfahrt in eine Ortschaft liege und erfahrungsgemäß die Pferde, wenn es auf eine solche zugehe, lebhafter werden und daher insbesondere infolge des Verkehrs leichter scheuen. Auch seien an der fraglichen Stelle schon öfters Unfälle vorgekommen. Im Jahre 1900 habe die Distriktsgemeinde die Mittel für die Herstellung eines Geländers in den Etat eingestellt; erst im Frühjahr 1902 sei aber die Herstellung erfolgt. Diese sei Sache der Distriktsgemeinde gewesen. Ueber die Frage, wer verfassungsmäßig berufener Vertreter der Distriktsgemeinde im Sinne der §§ 31, 89 BGB. sei, wird weiter ausgeführt: „Die Unterlassung der Anbringung einer Schutzvorrichtung war ein Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt und ein fahrlässiges Verschulden der Willensorgane der zum sicheren Unterhalt der Distriktsstraße verpflichteten Distriktsgemeinde. Die Gesamtheit aller Rechte und Pflichten der Distrikts-

[1]) Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig. Ueber die etwa ergehende Entscheidung des Reichsgerichts werden wir seinerzeit berichten.



gemeinde ruht nach Art. 1 des Ges. vom 28. Mai 1852 bei dem Distriktsrat als dem Vertreter der Körperschaft. Da dieser nach Art. 12 aber in der Regel nur einmal jährlich zusammentritt, wählt er aus seiner Mitte den Distriktsausschuß, dem die Vertretung der Distriktsgemeinde zusteht. Der Distriktsausschuß leitet und überwacht nach Art. 16 den Distriktshaushalt und verwaltet das distriktive Vermögen, führt die Aufsicht über die Distriktsanstalten und die Bediensteten, ist demnach berufen, die Körperschaft rechtsverbindlich zu vertreten und ist ein verfassungsmäßiges Willensorgan der Distriktsgemeinde (vgl. Lermann, Die Bayer. Distriktsgemeindeordnung S. 81 ff., Entsch. d. RG. 53 S. 276, Samml. v. Entsch. d. Oberst. LG. Bd. III S. 25, 50, 353). Da nach Art. 27 Ziff. 4 a. a. O. die Unterhaltung der Distriktsstraßen zu den Verbandslasten gehört, so erstreckt sich das Aufsichtsrecht und die Aufsichtspflicht des Ausschusses auch auf diese. Er hat die Aufsicht in seiner Gesamtheit oder durch abgeordnete Mitglieder auszuüben. Darin liegt nun zweifellos eine Versäumung der Pflichten durch den Distriktsausschuß, daß er seit Jahren die gefährliche Stelle an der Distriktsstraße ungesichert ließ. Der Zustand war offenkundig und blieb jedenfalls den in B. selbst oder in der Nähe wohnenden Mitgliedern nicht unbekannt, zumal darüber mehrmals in der Gemeinde B. Besprechungen gepflogen wurden und eine bezirksamtliche Besichtigung stattfand. Die Versäumung der Pflichten durch den Ausschuß steigerte sich aber, da er nicht auf baldige Vorkehrungen drang, nachdem im Herbst 1900 die Mittel vom Distriktsrat bewilligt worden waren und damit das Bedürfnis einer Sicherung anerkannt war. Nach Art. 25 kann der Ausschuß in dringlichen Fällen die erforderlichen Leistungen sogleich beschließen und bei der ausführenden Behörde, dem Bezirksamt, darauf dringen, daß die Arbeit angeordnet und durch den Distriktstechniker ausgeführt werde; er kann geeignetenfalls Beschwerde führen. Es ist aber im vorliegenden Falle nichts geschehen. Hierin liegt wiederum ein fahrlässiges Verhalten des Distriktsausschusses im ganzen oder einzelner Mitglieder, deren namentlicher Bezeichnung es nicht bedarf (vgl. Jur. W.Schr. 1902 S. 548 Nr. 21. 1904 S. 88, 232 und 353, Entsch. d. RG. Bd. 57 S. 93, Lermann a. a. O. S. 133). Ein etwaiges Verschulden des Bezirksamtmanns oder seines Stellvertreters darf zur Klagebegründung nicht herangezogen werden; denn die Klage richtet sich gegen die Distriktsgemeinde und stützt sich auf lässige Instandhaltung ihrer Straßen. Der Distriktsverwaltungsbeamte ist aber kein Beamter oder Vertreter der Distriktsgemeinde, sondern nur der Vorsitzende ihrer Vertretungskörper. Die Klage wegen Versäumung der staatlichen Straßenpolizei hätte eine ganz andere Begründung und einen anderen Beklagten (Lermann S. 96 Nr. 19). Nur in einer Richtung könnte die beklagte Distriktsgemeinde aus einem Verschulden des Bezirksamtmannes eine Verteidigung entnehmen, wenn sie dartun könnte, daß sie die Mittel rechtzeitig zur Verfügung gestellt hat und trotz ihres Drängens die Ausführung durch die staatliche Behörde schuldhaft verzögert worden ist. Einer Erörterung dieser Frage bedarf es aber nicht, weil dieser Entlastungsbeweis nicht erbracht ist; zudem bleibt es fraglich, ob der Einwand gegenüber der Klage eines Dritten durchgreift und nicht nur das Recht des Rückgriffes besteht. Ob ein Verschulden des Distriktstechnikers vorlag, muß gleichfalls nicht untersucht werden; denn dieser ist nur Bediensteter, nicht Willensorgan der Distriktsgemeinde. Sie würde für ihn nur nach § 831 BGB. haften (vgl. Seuff. Arch. n. F. Bd. VI S. 49). Der hier freigelassene Entlastungsbeweis betr. die Auswahl der Person durch die Beklagte ist erbracht, da der Distriktstechniker über 20 Jahre unbeanstandet in ihrem Dienste stand. Es erübrigt daher nur das oben festgestellte Verschulden der Vertreter der Distriktsgemeinde. Dieses rechtfertigte die vom Erstrichter getroffene Entscheidung. (Urt. vom 21. Januar 1905, Reg.Nr. 677/04 L). **K.**

---

## Oberlandesgericht Zweibrücken.

**Kostenerstattungspflicht im Falle, daß von mehreren durch einen Rechtsanwalt vertretenen Streitgenossen der eine siegt, der andere unterliegt.** Das landgerichtliche Urteil hat den einen Beklagten für schadensersatzpflichtig erklärt, die Klage gegen den andern abgewiesen und dem Kläger die diesem erwachsenen Kosten auferlegt. Gestützt auf § 3 Geb.O. f. RA. hat das Landgericht die vom Kläger dem siegenden Streitgenossen zu erstattenden — von diesem an den gemeinschaftlichen Anwalt nicht entrichteten — Kosten auf einen die ganzen Gebühren und Auslagen des Anwalts umfassenden Betrag festgesetzt. Die Beschwerde ist begründet. Im Kostenerstattungsverfahren — anders als in der Urteilsentscheidung selbst — ist dann, wenn von zwei durch denselben Anwalt vertretenen Streitgenossen der eine siegt, der andere unterliegt, im Falle gleicher Beteiligung am Rechtsstreite der siegende Streitgenosse dem ihm unterlegenen Prozeßgegner gegenüber nur mit dem Anspruche auf Erstattung der Hälfte der Gebühren und Auslagen des gemeinschaftlichen Anwalts zuzulassen. Ein Anspruch auf Erstattung der ganzen Kosten ist nur gerechtfertigt, wenn der siegende Streitgenosse, wozu er nach § 3 Geb.O. f. RA. vom gemeinschaftlichen Anwalte herangezogen werden kann, an diesen alle Gebühren und Kosten gezahlt hat oder wenn er ihn aus irgend einem Grunde (Bewilligung des Armenrechts an den Streitgenossen, Konkurs, Zahlungsunfähigkeit des Streitgenossen) voraussichtlich wird zahlen müssen (RG. v. 19. Nov. und 3. Dez. 1897 Jur. Wschr. 1898 S. 12 und 45, die mit RG. v. 20. Dez. 1897 und 25. April 1898 Jur. Wschr. 1898 S. 74 und 349 nicht im Widerspruch stehen). Von den beiden Fällen liegt hier keiner vor. Der Erstattungsberechtigte hat die ganzen Kosten an den gemeinschaftlichen Anwalt weder gezahlt noch auch glaubhaft gemacht, daß er sie aus Gründen in der Person seines Streitgenossen wird zahlen müssen (Entsch. des RG. Bd. 31 S. 349). Daß der Liquidant dem gemeinschaftlichen Anwalt nach § 3 Geb.O. f. RA. für den ganzen Gebühren- und Auslagenbetrag haftbar ist — arg. § 51 a. a. O. — hat mit der Erstattungspflicht des Prozeßgegners nur insoweit unmittelbaren Zusammenhang, als zu den vom obsiegenden Streitgenossen ausgelegten „ihm erwachsenen" Kosten in manchen Fällen die ganzen Gebühren und Auslagen des gemeinschaftlichen Rechtsanwalts gehören können. Der Erstattungsberechtigte kann hiernach nur die Erstattung derjenigen Kosten verlangen, die ihm — bei gleicher Beteiligung am Rechtsstreite — unter allen Umständen erwachsen, d. i. der Hälfte (Jur. Wschr. 1893 S. 13; 1896 S. 654; 1898 S. 74, 349. Bolze Bd. 22 Nr. 709 f.). (Beschluß vom 6. April 1905.)

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Lunglmayr in Zweibrücken.

## Landgericht München I.

**Ist die Gerichtsschreiberei verpflichtet, einem Gläubiger aus dem gemäß § 912 der CPO. zu führenden Verzeichnis schriftliche Auskunft zu erteilen?** Zu dieser Frage hat das Landgericht München I neuerdings (s. Nr. 3 dieser Zeitschrift S. 87) in einem Beschlusse vom 10. April 1905 Stellung genommen. Das Amtsgericht hatte den Antrag des Gläubigers, der einen Vollstreckungstitel gegen den in Frage stehenden Schuldner vorlegte, abgewiesen, die Beschwerde gegen diesen Beschluß wurde als unbegründet zurückgewiesen

und hiebei ausgeführt, die Bestimmung des § 915 Abs. 3 der CPO. dürfte nicht ausdehnend interpretiert werden, aus dem Rechte auf Einsicht in das Schuldnerverzeichnis dürfe keineswegs das Recht auf Erteilung von Abschriften oder schriftlicher Auskunft gefolgert werden; dies ergebe sich auch daraus, daß in andern gesetzlichen Vorschriften, z. B. § 9 des HGB., § 1563 des BGB., §§ 34, 78 II des FGG., § 11 der GBO. derartige weitergehende Befugnisse ausdrücklich aufgeführt seien. Unter Bezugnahme auf die eingangs erwähnte frühere Entscheidung wird dann noch hervorgehoben, daß, selbst wenn der Gläubiger auf Grund einer extensiven Auslegung des § 792 der CPO. ein Verlangen auf Abschrifterteilung stellen könnte, auch in jenem Beschlusse vom 4. Januar 1904 dem mit Vollstreckungstitel versehenen Gläubiger ein Recht auf Auskunftserteilung schlechthin versagt werde; die Auskunftserteilung, die eine viel weiter gehende Verpflichtung der Gerichtsschreiberei darstelle als die Erteilung einer bestimmten Abschrift aus dem Schuldnerverzeichnisse, dürfe der Gerichtsschreiberei nicht auferlegt werden, weil das Gesetz eine diesbezügliche Verpflichtung nicht bestimmt habe (Beschl. vom 10. April 1905, Beschw.Reg. Nr. 224/05, BR. Nr. K 2669/05).

— — f.

## Landgericht Würzburg.

**Inwieweit fällt die in Franken heimische Süßweinfabrikation (Herstellung von Muskat, Roussillon-Fasson, Malaga) unter das Weingesetz vom 24. Mai 1901, insbesondere unter das Kunstweinverbot des § 3, inwieweit unter das Nahrungsmittelgesetz vom 14. Mai 1879? Ist hiebei die Bezeichnung, unter welcher der Muskat in den Handel kommt (Muskatlikör, Muskatfasson, Muskatsüßwein usw.), von Einfluß auf die rechtliche Beurteilung? Darf den Muskatsüßweinen Salizylsäure behufs Haltbarmachung zugesetzt werden?** H. hat gewerbsmäßig „Muskat“ hergestellt und diesen unter der Bezeichnung „Muskatlikör“ und „Muskatsüßwein“ an seine ausschließlich aus En-gros-Abnehmern und Wiederverkäufern bestehende Kundschaft verkauft. Der Preis des Likörs war 45 Pfennige, der des Süßweins 60 bis 70 Pfennige per Liter. Der Muskatlikör bestand aus Alkohol (ca. 15% des Volumens), Wasser, Zucker, Tannin, Couleur, Kräutern (Muskatblüte, Koriander, Hollunderblüte), Weinsteinsäure und Salizylsäure (ca. 30 g auf 1000 Liter). Der Muskatsüßwein bestand aus einem Verschnitte von 40—50% fränkischem Naturwein und von Muskatlikör der genannten Art. Die Anklage hat in den Handlungen des H. ein Vergehen nach § 10 Ziff. 1 und 2 des Nahrungsmittelgesetzes vom 14. Mai 1879 im rechtlichen Zusammenflusse mit einem Vergehen nach § 13 Abs. 1 Ziff. 1, § 3 Abs. 1 Ziff. 5, § 3 Abs. 2, § 7 und § 8 des Weingesetzes vom 24. Mai 1901 erblickt. H. hat bestritten, eine strafbare Handlung begangen zu haben und folgendes vorgebracht: Muskat sei allgemein als Kunstprodukt bekannt, er diene als billiger Ersatz für einen Dessertwein ausländischen Ursprungs und gehöre zu den „Gewürzgetränken“ oder „likörartigen Getränken“, deren gewerbsmäßige Herstellung nicht unter das Kunstweinverbot des § 3 WG. falle. Er habe dem Muskat nur deshalb zwei verschiedene Bezeichnungen (Süßwein und Likör) gegeben, um kenntlich zu machen, daß die eine Art Naturwein, die andere Art keinen Wein enthalte. Das Publikum wisse genau, daß Muskatwein nur ein Kunstprodukt aus den von ihm benützten Bestandteilen sei. Die Salizylsäure habe er dem Muskat beigesetzt, um ihn haltbar zu machen. Gesundheitsschädlich sei ein solcher Zusatz nicht. Die beiden Muskatqualitäten seien kein „Wein“ im Sinne des WG., insbesondere sei der Muskatsüßwein nur eine bessere Gestaltung des Muskatlikörs. Auch die unterfränkische Handels- und Gewerbekammer habe in ihrem Jahresberichte 1902 sich dahin geäußert, daß die in Franken heimische Herstellung und der Verkauf von Süßweinen, wie Muskat, nach dem WG. erlaubt sei. Diese Anschauung sei auch vom Stadtmagistrat Würzburg und der unterfränkischen Kreisregierung als richtig anerkannt worden.

Der Sachverständige Dr. M. hat das Gutachten abgegeben, unter Muskat sei ein aus dem Safte der Muskatellertrauben hergestellter Süßwein zu verstehen. Die Herstellung von Muskatkunstwein sei nach dem WG. verboten. Dadurch, daß H. sein Kunstprodukt als Muskat bezeichnet habe, sei auch in den Konsumenten — allerdings nicht bei den unmittelbaren En-gros-Abnehmern — eine Täuschung über Art, Ursprungsort und Zusammensetzung hervorgerufen worden. Unter allen Umständen sei H. wegen des Zusatzes von Salizylsäure nach §§ 7, 8 WG. strafbar. Die Sachverständigen Dr. K. und M. haben dagegen angegeben, unter Muskat sei nicht ein aus dem Safte der Muskatellertrauben hergestellter Süßwein, sondern ein süßes likörartiges, teils mit, teils ohne Wein hergestelltes, aus Alkohol, Zucker, Wasser, Weinsteinsäure und Kräutern (Gewürzen) bestehendes Kunstprodukt zu verstehen; dies sei nicht nur den En-gros-Abnehmern des H., sondern auch dem konsumierenden Publikum bekannt. Schon der stark alkoholische Geschmack, welchen Naturweine überhaupt nicht hätten, und der billige Preis lasse keine Täuschung darüber zu, daß Muskat ein zu den „landesüblichen“ Gewürzgetränken gehöriges Kunstprodukt der in Franken heimischen Süßweinfabrikation sei. Die in Franken schon über 100 Jahre alte Süßweinfabrikation (Muskat, Malaga, Roussillon-Fasson) beschränke sich ausschließlich auf die Nachahmung ausländischer Süßweine, die auch nach dem WG. gestattet sei. Die Bezeichnung des Muskat sei immer ein Phantasieprodukt des einzelnen Fabrikanten. Aus Muskatellertrauben werde in Franken kein Wein gekeltert, da es nur wenige solche Trauben gebe, die gegessen würden. Der Import von Muskatellerwein nach Franken sei erst ca. 10 Jahre alt. Das Gericht verurteilte den H. zu 50 Mk. Geldstrafe und zog den Muskat ein.

Aus den Gründen: Es ist zunächst zu prüfen, ob und inwieweit die in Franken heimische Süßweinfabrikation (Herstellung von Muskat, Malaga, Roussillon-Fasson) unter das WG. insbesondere unter das Kunstweinverbot fällt, und ob jene Weine dadurch der Subsumtion unter das WG. entzogen werden können, daß sie als „Liköre“ bezeichnet werden. Nach § 3 WG. ist die Herstellung oder Nachahmung von Wein unter Verwendung der in Abs. 1 Ziff. 1—6 aufgeführten Zusätze und Zubereitungsmittel, insbesondere von Säuren, strafbar, wenn sie gewerbsmäßig erfolgt, das Verkaufen und Feilhalten hingegen schlechthin, ohne Rücksicht auf die Bezeichnung. Nach dem Wortlaute des § 3 bezieht sich das Kunstweinverbot nur auf die Herstellung von Wein, d. h. einem durch alkoholische Gärung aus dem Safte der Weintrauben hergestellten Getränke (§ 1) oder einem Getränke, das einer nach § 2 des WG. erlaubten Behandlung unterworfen worden ist und erlaubte Zusätze erhalten hat. Aus der Entstehungsgeschichte des WG. geht hervor, daß der Gesetzgeber kein Bedürfnis anerkannt hat, auch Getränke in das Kunstweinverbot einzubeziehen, bei welchen nach Art der Zusammensetzung, des Aussehens und Geschmacks, nach der Benennung und Bestimmung eine Verwechslung mit Wein ausgeschlossen ist. Hieher gehören z. B. Obstweine, Beerenweine, die von der Geistlichkeit und von Mäßigkeitsvereinen in manchen Gegenden vertriebenen künstlichen Gewürzgetränke oder Kirschweine (hergestellt aus Wasser, Kirschsaft, Zucker, Weinsteinsäure, Zimmt und Nelken mit 12—15% Alkoholzusatz), sowie ähnliche Getränke, die die gleichen Bestandteile unter Zusetzung von Gewürzen, Muskatblüte, Koriander sowie wirklichen Weinen aufweisen, endlich likörartige Getränke (cfr. stenogr. Ber.

über die Verhandl. des Reichstags 1900/02, I. Anlagenb. Nr. 129 der amtl. Druckf. S. 795 und III. Anlagenb. Nr. 303 S. 2130, von der Pfordten WG. § 3 Anm. 12). Das WG. hat nach seiner Entstehungsgeschichte vor allem den Zweck, die Naturweine und speziell die Naturweine inländischen Ursprungs vor der Konkurrenz der Nachahmung zu schützen. Verboten sind daher Kunstweine, insoweit sie dem deutschen Weinbaue Konkurrenz machen. Dagegen ist die Fabrikation von Kunstwein, die Weine ausländischen Ursprungs nachahmt, gesetzlich erlaubt. Daher bedarf es keiner weiteren Ausführung, daß der von H. hergestellte „Muskatlikör" und „Muskatsüßwein" nach seiner Zusammensetzung und Beschaffenheit zu den vom Kunstweinverbote des § 3 ausgenommenen likörartigen Getränken gehört und daß sohin eine nach § 3 strafbare Handlung nicht vorliegt. Eine andere Frage ist, ob nicht durch die von H. dem Muskat beigegebenen Zutaten dem Getränke der Anschein einer besseren Beschaffenheit gegeben oder seine Verschlechterung bewirkt worden ist, in welchem Falle sich die Unzulässigkeit der Zusätze aus § 10 des NMG. vom 14. Mai 1879 ergeben würde. Das Gericht hat auf grund der Beweisaufnahme die Frage verneint und die Anwendbarkeit des § 10 NMG. für ausgeschlossen erklärt, weil weder objektiv noch subjektiv der Tatbestand der Ziff. 1 oder 2 des § 10 vorliegt. Die von H. hergestellten Getränke enthalten die in Franken allgemein üblichen Bestandteile des „Muskat" und außerdem Salizylsäure. In letzterem Zusatze erblickt das Gericht keine Verfälschung, da die Behauptung des H. glaubhaft ist, daß der Zusatz nur dazu gedient hat, das Getränke haltbar zu machen, ohne daß es verschlechtert worden ist oder den Schein einer besseren Beschaffenheit erhalten hat (cfr. Stenglein, Die strafrechtlichen Nebengesetze I. Bd. S. 346 zu § 10 des NMG. Anm. 6 Abs. 4). H. hat die Getränke auch nicht unter einer zur Täuschung geeigneten Bezeichnung feilgehalten und verkauft. Was die Bezeichnung Muskat anlangt, so kann sich das Gericht der Ansicht des Sachverständigen Dr. M., daß unter Muskat eine aus dem Safte der Muskatellertrauben hergestellte Weinart, sohin ein Naturwein zu verstehen sei, nicht anschließen. Jene Ansicht ist zwar schon öfters von Sachverständigen vertreten worden (cfr. Urteil des LG. Hamburg vom 18. Dez. 1902 und des LG. Glogau vom 1. Okt. 1898 in den Beil. zu den Veröffentl. des Kais. Gesundheitsamts Bd. 6 S. 199 und Bd. 5 S. 184), allein das Gericht hält zum mindesten, soweit die in Franken heimische Muskatindustrie in Betracht kommt, die Ansicht der Sachverständigen M. und Dr. K. für zutreffend, welche geäußert haben, daß unter Muskat in den Kreisen der Fabrikanten, Käufer und Konsumenten allgemein ein Kunstprodukt, nämlich ein likörartiges Gewürzgetränke, bestehend aus Alkohol, Zucker, Wasser, Weinsteinsäure und Gewürzen (Kräutern wie Muskatblüte, Koriander usw.) verstanden werde, welches teils mit, teils ohne Wein hergestellt werde. Ein solches Kunstprodukt ist der von H. hergestellte Muskat. Die Bezeichnung „Muskat" oder eine andere mit dem Worte „Muskat" zusammengesetzte Bezeichnung, z. B. „Muskatlikör", „Muskatfasson", „Muskatsüßwein" erfolgt gerade, um jeden Beteiligten darüber aufzuklären, daß es sich um ein Kunstprodukt, nicht um ein Naturprodukt handelt. Wie der Sachverständige Dr. K. bekundet hat, ist die Bezeichnung des Muskats jeweilig ein Phantasieprodukt des einzelnen Fabrikanten. Insbesondere werden die Muskatsüßweine vielfach mit der Bezeichnung „Likör" (Muskatlikör) in den Verkehr gebracht, um sie sofort als Kunstprodukte kenntlich zu machen. Wie das Gericht in Übereinstimmung mit der unterfränkischen Handels- und Gewerbekammer (cfr. Jahresb. 1902 S. 52) annimmt, genügen die Bezeichnungen „Likör", „Fasson" hiezu vollständig und auch dafür, daß die Interessenten mit dem § 10 des NMG. nicht in Konflikt geraten. Die Beweisaufnahme hat keinen Anhaltspunkt dafür ergeben, daß durch die von H. gewählten Bezeichnungen irgend ein Abnehmer oder Konsument getäuscht worden wäre, im Gegenteil hat der Zeuge M., welcher Muskat von H. bezogen hat, bekundet, er habe selbstverständlich angenommen, daß er ein Kunstprodukt bekomme. Selbst wenn aber objektiv der Tatbestand des § 10 des NMG. vorläge, so würde es doch am subjektiven Tatbestande, an der Feststellung der Absicht des H. fehlen, eine Täuschung im Handel und Verkehr zu bewirken oder seine Ware unter einer auf Echtheit und Reinheit deutenden Bezeichnung in den Handel zu bringen. H. hat niemanden mit der Bezeichnung „Muskatlikör" und „Muskatsüßwein" täuschen wollen. Er war überzeugt, daß durch seine Bezeichnungen die Beschaffenheit des Muskats als einer Nachahmung ausländischen Weines hinreichend gekennzeichnet sei und daß eine Täuschung des Publikums ausgeschlossen sei. Da er weder beabsichtigt hat, die unmittelbaren Abnehmer des Muskat über dessen wahre Beschaffenheit in Unkenntnis zu lassen, noch bewußtermaßen dazu beigetragen hat, trotz einer Aufklärung des unmittelbaren Abnehmers über die Beschaffenheit des Muskat, das aus der Hand des Abnehmers — sei es mittelbar oder unmittelbar — das Genußmittel erwerbende Publikum zu täuschen, so hat er keine Fälschung „zum Zwecke der Täuschung im Handel und Verkehr" begangen (cfr. E. d. RG. in Straff. Bd. 34 S. 232). Das Gericht hat sohin den von H. behaupteten guten Glauben als erwiesen angenommen, weshalb er weder eines wissentlichen noch eines fahrlässigen Vergehens wider das NMG. für schuldig zu erkennen war.

Dagegen ist die Anklage begründet, soweit sie dem H. zur Last legt, er habe vorsätzlich den Vorschriften des § 7 und 8 WG. zuwidergehandelt und sich dadurch aus § 13 Abs. 1 Ziff. 1 WG. strafbar gemacht. § 7 verbietet bei der Herstellung von Wein, weinhaltigen und weinähnlichen Getränken, welche bestimmt sind, anderen als Genußmittel zu dienen, den Zusatz von Salizylsäure oder von Gemischen, welche diesen Stoff enthalten. Daneben ist in § 8 auch das Feilhalten, Verkaufen und Inverkehrbringen verbotswidrig hergestellter Getränke verboten. Es steht fest, daß H. aus Alkohol, Zucker, Wasser, Tannin, Kouleur, Weinsteinsäure und Kräutern (Muskatblüte, Koriander), einen sog. Muskat hergestellt, diesem Getränke bei oder nach der Herstellung Salizylsäure zugesetzt und das Fabrikat mit der Bestimmung, anderen als Genußmittel zu dienen, in den Verkehr gebracht hat. Da H. selbst die Salizylsäure beigesetzt hat, sohin sich des Inhalts des Getränkes sowie der Tatsache, daß er durch seine Handlung den Genuß anderen zugänglich mache, bewußt gewesen ist, so ist er eines vorsätzlichen Vergehens nach § 13 Abs. 1 Ziff. 1 WG. für schuldig zu erkennen, wenn der Muskat zu dem Begriffe „Wein, weinhaltige und weinähnliche Getränke" gehört (von der Pfordten WG. § 3 Anm. 12 Abs. II letzter Satz). Das Gericht nimmt an, daß die beiden von H. hergestellten und in den Verkehr gebrachten Sorten Muskat ein weinähnliches, der Muskatsüßwein auch ein weinhaltiges Getränke sind. Unter „weinähnlichen" Getränken sind zum menschlichen Genusse bestimmte Getränke zu verstehen, welche durch die Art ihrer Herstellung oder ihr Aussehen und ihren Geschmack dem Weine gleichen oder eine Nachahmung darstellen. Ein „weinhaltiges" Getränke ist ein solches, bei dessen Bereitung Wein benutzt wurde (cfr. E. d. RG. in Strafsachen Bd. 27 S. 8 ff.). Daß die Fabrikate des H., welche einen „Ersatz für ausländischen Dessertwein", eine „Nachahmung ausländischer Süßweine" bilden und von Dr. K. als „likörartige, landesübliche Gewürzgetränke" — welche in § 3 Abs. 1 Ziff. 5 des WG. sogar als „Wein" bezeichnet werden — charakterisiert wurden,

zu den weinähnlichen Getränken gehören, kann nach der Art ihrer Herstellung, ihrem Aussehen, ihrem Geschmacke, ihrer Verwendung als Süßwein nicht bestritten werden. Keineswegs gehören sie trotz der Bezeichnung als „Likör“ zu den Spirituosen (Kognak, Rum, Arak), auf welche sich § 7 WG. nicht bezieht. Daß der von H. hergestellte Muskatsüßwein auch ein weinhaltiges Getränke ist, ist unbestreitbar, da er nach Aussage des Zeugen L. zu mindestens 50%, nach Angabe des Angeklagten zu ca. 40% aus Frankenwein besteht. Durch die Beimischung eines so großen Quantums Frankenweins hat er den Charakter eines „weinhaltigen Getränkes“ erlangt. Die Bestimmung des § 7 WG. ist eine gesundheitspolizeiliche Vorschrift (cfr. E. d. RG. Bd. 27 S. 8); sie bezweckt, Getränke, welche nicht Wein sind, aber solchen enthalten oder ihm ähnlich sind, vor Beimischungen zu bewahren, welche die menschliche Gesundheit schädigen können und verbietet daher jeden, wenn auch nur ganz geringen Zusatz der von ihm betroffenen Stoffe schlechthin, ohne Rücksicht darauf, ob er zum Zwecke der Täuschung in Handel und Verkehr erfolgt und ob er eine Nachahmung oder Verfälschung im Sinne des § 10 des NMG. bewirkt. Die Verwendung der genannten Stoffe ist in jedem Stadium des Verfahrens unzulässig, insbesondere darf die Haltbarmachung des Weines (§ 2 Nr. 1) nicht unter ihrer Anwendung erfolgen und die verbotenen Stoffe dürfen auch nicht als Klärungsmittel gebraucht werden (von der Pfordten § 10 Anm. 2 und 4). Da nach vorstehender Auffassung der „Muskatlikör“ und der „Muskatsüßwein“ weinähnliche bzw. weinhaltige Getränke sind — eine Auffassung, die auch von der unterfränkischen Handels- und Gewerbekammer im Jahresberichte 1902 S. 52 geteilt wird — so war H. eines Vergehens nach § 13 Abs. 1 Ziff. 1 für schuldig zu erkennen. Er hat vorgebracht, er habe nicht das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit seiner Tat gehabt. Dieses Vorbringen kann ihn nicht schützen. Wenn eine Handlung alle Begriffsmerkmale eines dolosen Delikts verwirklicht, während der Täter irrig das Gegenteil annimmt, so kommt ihm nur ein Irrtum über tatsächliche Umstände zu statten, nicht aber eine irrige Auffassung des Strafgesetzes (cfr. E. d. RG. in Strafs. Bd. 14 S. 440). Ein solcher tatsächlicher Irrtum wäre nach § 59 StGB. zu berücksichtigen, wenn H. sich über die Qualität des zugesetzten Stoffes oder über die Zusammensetzung des Getränkes oder über seine Bestimmung als Genußmittel für andere in Irrtum befunden hätte, was nicht zutrifft. Wenn H. aber nur irrtümlich angenommen hat, sein Verfahren sei erlaubt und falle nicht unter §§ 7, 8, 13 WG., so darf dieser auf Unkenntnis oder unrichtiger Auffassung des Strafgesetzes beruhende Irrtum nicht berücksichtigt werden, selbst wenn in Handelskreisen allgemein die gleiche Anschauung bestanden hätte (Urt. vom 17. April 1905).

Mitgeteilt von Landgerichtsrat Schimpf in Würzburg.

## Literatur.

**Jagemann, Dr. E. von,** Universitätsprofessor in Heidelberg. Zur Reichsfinanzreform. Heidelberg 1905. C. Winters Universitätsbuchhandlung. Mk. 1.60.

Der Verfasser, ehedem durch ein Jahrzehnt Bevollmächtigter Badens zum Bundesrate, bietet in der bez. Broschüre für die angekündigte Reform unserer Reichsfinanzwirtschaft einen ebenso zeitgemäßen, wie unparteiischen und gemeinverständlichen Führer bezüglich der staatsrechtlichen Seite der Frage und der politischen Entwicklung derselben. Nach Darlegung der Schäden der bisherigen Reichsfinanzwirtschaft für die Einzelstaaten wie für das Reich werden für die Herstellung selbständiger Reichsfinanzen die wichtigsten Grundsätze zusammengetragen, die Art des Reichsbedarfes nach Steigerungsmöglichkeit und Quellen besprochen, und unter Würdigung der realpolitischen Verhältnisse und der konstitutionellen Bewilligungsrechte die Gründe dargelegt, warum unter Konzession eines in gewissen Grenzen gehaltenen Einnahmebewilligungsrechtes an die Volksvertretung der Plan der Reichsfinanzreform um so eher gelingen werde, „je großzügiger er angelegt wird und dabei neben seinem nächsten und dringendsten Ziele übermächtigen Anschauungen über sonstige Finanzpunkte im Bereiche der Erträglichkeit entgegenkommt“. — Alle im öffentlichen Leben Stehenden, Politiker wie Steuerzahler werden die interessanten Ausführungen begrüßen.

Rentamtmann Stelzer.

**Sepp, Dr. iur., Karl.** Der Leibrentenvertrag nach dem BGB. Eine civilistische Studie. München 1905, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oskar Beck). Broch. Mk. 3.—.

Bei der etwas stiefmütterlichen Behandlung, die der Leibrentenvertrag im BGB. erfahren hat, kommt die vorliegende geschickt und sorgfältig geschriebene Sonderdarstellung einem Bedürfnis entgegen. Der Verfasser bestimmt nach einer kurzen historischen Einleitung den Begriff der Leibrente als einer Rente auf Lebenszeit und erörtert hiernach, daß sie die Leistung von Geld und anderen vertretbaren Sachen — nicht auch von Diensten oder Rechten — zum Gegenstande habe und auf das Leben einer Person — nicht notwendig des Gläubigers — gestellt sein müsse. Mit letzterer Meinung tritt er in Gegensatz zur herrschenden Anschauung. Sodann werden die Arten des Leibrentenvertrages kurz erörtert. In den nun folgenden Ausführungen über die rechtlichen Eigentümlichkeiten dieses Vertrags gelangt der Verfasser zu dem Ergebnisse, daß schon mit dem Abschlusse des Vertrags das Recht auf die einzelnen Bezüge entsteht. Die praktischen Folgen, die sich aus dieser Auffassung für die Behandlung des Rentenanspruchs im Konkurs des Gläubigers ergeben, werden besprochen. Die nächsten Abschnitte (Kap. V, VI des III. Abschnittes) bilden den Kernpunkt des Werkes, sie sind dazu bestimmt, die Natur der Leibrente als eines einheitlichen Rechts darzutun und die Anwendung dieses Grundsatzes auf Einzelfälle (Beweislast, Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung des Rententitels, Konkurs des Schuldners, Verjährung u.s.w.) zu veranschaulichen. Kap. VII ist dem Rentenkapital (der Gegenleistung für die Leibrente) gewidmet. Hierbei wird der „Pensionsvertrag“, durch den sich eine Person gegen Dienstleistungen zur Gewährung einer Pension verpflichtet, erwähnt und in die Kategorie des Dienstvertrags verwiesen. Auch auf die Anfechtung der Kapitalsleistung wegen Benachteiligung der Gläubiger wird hier eingegangen. Der letzte Abschnitt befaßt sich mit der Leibrentenschenkung. Die Ausführungen des Verfassers sind durchweg gut und eingehend begründet. Seine Ausdrucksweise ist klar und rein von Unarten. Der Verlag hat sich eine gute Ausstattung angelegen sein lassen.

von der Pfordten.

### Berichtigung.

Durch ein Versehen der Druckerei ist in der vorigen Nummer auf Seite 223 am Schlusse der III. Reichsgerichtsentscheidung „Kann ein Fuchs (Renonce) 2c.“ der Name des Einsenders Reichsgerichtsrat Düringer weggelassen worden.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, II. Staatsanwalt im K. Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

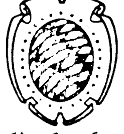
Nr. 11. München, den 1. Juni 1905. 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).



Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum, Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.



## Zur Einführung der Gebührenvorschriften in Grundbuchsachen.

Von Landgerichtsrat **Christian Wunderer** in München.

Das große Jahr der bayer. Landesgesetzgebung 1899 hat auch das Geb.G. nicht unberührt gelassen. Die Aenderungen machen sich besonders in dem Teil des Gesetzes bemerkbar, der sich früher mit den Hypothekensachen befaßt hat und nun die Grundbuchsachen behandelt. Der Uebergang vom Pfandbuchsystem in das Grundbuchsystem hat den sicheren Stützpunkt, von dem aus alle dinglichen Rechtsgeschäfte der Besteuerung zugeführt werden konnten, den Art. 14 d. alt. Not.G., zu Fall gebracht.

Für den in den Grundbuchbeamten umgewandelten Hypothekenbeamten bedingt die Erweiterung seines Geschäftsbereichs in der Hauptsache eine verhältnismäßige Mehrung seiner Aufgabe auf dem Gebiet des Gebührenwesens. Die Frage seiner persönlichen Haftung spielt künftig eine größere Rolle. Die Amtshandlungen des Grundbuchbeamten bewegen sich so enge im Rahmen der Gebührennormen, daß für ihn die volle Vertrautheit mit dem Gebührenrecht unerläßlich ist.

Die Bestimmungen über die Gebühren in Grundbuchsachen, deren Handhabung manchen Schwierigkeiten begegnen wird, treten, von einigen Gebührenerleichterungen abgesehen, für jeden Grundbuchbezirk gleichzeitig mit der Anlegung des Grundbuchs in Kraft (Art. 309). Da das Grundbuch bei seinem Einzug in Bayern immer weiter fortschreitet, werden einige einleitende Bemerkungen über die gebührenrechtlichen Neuerungen zeitgemäß sein.

### 1. Uebersicht.

Die Regelung des Kostenwesens in Grundbuchsachen ist dem Landesrecht vorbehalten geblieben. Nur hinsichtlich des Armenrechts besteht eine Ausnahme (§ 14 FG., § 21 DA. [1]).

[1]) Dienstanweisung für die Grundbuchämter vom 27. Februar 1905.

Die Novelle zum Geb.G. vom 9. Juni 1899 geht im allgemeinen von dem Prinzip aus, den in neue Bahnen gelenkten sachenrechtlichen Verkehr nach den früheren Grundsätzen der Gebührenpflicht zu unterwerfen. Die neuen rechtsgeschäftlichen Formen des BGB. sollten in einer Weise eingereiht werden, daß, soweit nicht die Abminderung einzelner Gebührensätze von Einfluß ist, für den gleichen rechtlichen Endzweck die nämlichen Abgaben zu entrichten sind.

Ueberblickt man den Abschnitt des Gesetzes, der den Grundbuchsachen gewidmet ist, so treten vor allem die neuen Gebührenvorschriften der Art. 118 u. 119 hervor. Die vor dem Grundbuchamt erklärte Auflassung ist im Art. 118 behandelt. Durch Art. 119 sind prozentuale Gebühren festgesetzt, die bei der Eintragung dinglicher Rechte an einem Grundstück, ihrer Uebertragung oder Verpfändung zu erheben sind. Letztere Bestimmung entspricht einigermaßen der aufgehobenen Vorschrift des Art. 91 Geb.G. ä. F. Als neue Gebühren sind ferner zu nennen die nach Art. 122 für die Erteilung des Hypothekenbriefs und die nach Art. 126 für die Protokollierung einer Vollmacht. Beibehalten sind die allgemeine Eintragungsgebühr, die Gebühr für Abschriften, die Beschlußgebühr und die Gebühr für Zurücknahme von Anträgen.

Die Gebühren in Grundbuchsachen scheiden sich in solche, die sachlich an die Amtshandlung geknüpft sind und ein Entgelt dafür darstellen, und in solche, die zwar formell an eine Amtshandlung angeschlossen sind, bei denen aber sachlich der Gesichtspunkt der Besteuerung obwaltet oder doch vorwaltet. Zu der zweiten Gruppe gehören die Gebühren nach Art 118 u. 119, zur ersten alle übrigen Gebühren. Der Unterschied ist im Gesetz selbst angedeutet. Die Gebühr ist nicht „für" Entgegennahme der Auflassung und im Falle des Art. 119 nicht „für" die Eintragung sondern „bei" Vornahme dieser Amtshandlungen zu entrichten.

Die Erhebung der Gebühren nach Art. 118 und 119 ist entsprechend ihrer Bedeutung nur bedingungsweise angeordnet. Sie unterbleibt, wenn

die prozentualen Gebühren schon für den zugrunde liegenden obligatorischen Vertrag oder für die sonst der Eintragung vorangegangene Beurkundung beim Notar oder einer anderen Behörde (Art. 25, §§ 2 Abs. 1 und 101 GKG.) angefallen sind. Ist dies nicht der Fall, so findet die Bewertung der grundbuchamtlichen Verrichtung genau so statt, als sei statt des Grundbuchamts ein bayer. Notar tätig (Art. 118) oder bei der für die Eintragung erforderlichen Beurkundung tätig gewesen (Art. 119). Die dinglich wirksame Erklärung ist in bezug auf die Gebührenpflicht dem obligatorischen Vertrag gleichgestellt. Demgemäß begnügt sich das Gesetz damit, für die gebührenpflichtigen Amtsgeschäfte nach Art. 118 und 119 die für Bewertung der Notariatsurkunden maßgebenden Gebührensätze anzuordnen.

Für die Bestimmung, daß die in Wirklichkeit nicht angefallenen Notariatsgebühren als Zuschlag zu den prozentualen Staatsgebühren zu entrichten sind, waren finanzpolitische Erwägungen nicht maßgebend. Die Absicht ging nur dahin, dem bayer. Notariatsinstitut Schutz angedeihen zu lassen, auf daß nicht durch die Tätigkeit des Grundbuchamts oder außerbayerischer Notare der Geschäftskreis der bayer. Notare zu sehr geschmälert werde. Die Parteien sollen nicht besser gestellt sein, wenn sie zu einem außerbayerischen Notar gehen oder beim Grundbuchamt beurkunden lassen statt beim Notar.

2. Die Eintragungsgebühr nach Art. 116.

Der Kreis der Amtshandlungen, welche mit dieser der Höhe nach gleichgebliebenen Gebühr zu bewerten sind, ist sehr erweitert worden. Nach Art. 95 lit. a Geb.G. ä. F. war für Einschreibungen auf Grund von Hypothekengeschäften, die bei den Notaren bewertet waren, eine Gebühr nicht zu bezahlen. Diese Vorschrift ist aufgehoben. Künftighin unterliegen alle Eintragungen in das Grundbuch, soweit sie nicht von Amts wegen erfolgen oder durch besondere gesetzliche Bestimmungen Gebührenfreiheit gewährt ist (z. B. Art. 20, § 115 KO.) der Gebühr nach Art. 116. Es gilt dies selbst dann, wenn zugleich eine prozentuale Eintragungsgebühr beim Grundbuchamt anfällt.

Die Neuerung ist in den Motiven[1]) damit begründet, daß die Eintragungen in das Grundbuch größere Bedeutung haben. Der Laie wird dies kaum zu würdigen wissen und es nur als Unannehmlichkeit empfinden, wenn nun auch bei allen Hypothekgeschäften nach Bezahlung der großen Kosten die kleine Eintragungsgebühr nachträglich eingehoben wird. Dieser Umständlichkeit läßt sich wohl dadurch vorbeugen, daß den Parteien anheimgegeben wird, die Gebühr des Art. 116 sofort bei Entrichtung der anderen Kosten zu erlegen. Auf Ersuchen der Beteiligten ist der Notar nach Art. 4 Not.G. verpflichtet, den Betrag zur Ablieferung an die Gerichtskasse zu übernehmen, wofür er eine Gebühr nicht zu beanspruchen hat.[1])

Mit der Gebühr des Art. 116 wird die Tätigkeit des Grundbuchbeamten abgegolten, wenn sich die Eintragung auf Vermerke, Vormerkungen, Widersprüche, Verfügungsbeschränkungen, Löschungen, Aenderung von Zahlungsbestimmungen, Umwandlung einer Form der dinglichen Belastung in eine andere, u. dgl. bezieht. Die Gebühr des Art. 119 kommt daneben auch dann nicht in Betracht, wenn Hypothekrechte vorgemerkt werden, denn die Vormerkung enthält keine dingliche Belastung und ist nicht als Eintragung im Sinne des Art. 119 anzusehen. Diese Gebühr ist bei der Umschreibung zu erheben.

Die allgemeine Eintragungsgebühr wird erst fällig, wenn die Eintragung vollzogen ist (Art. 39, § 93 GKG.). Der Grundbuchbeamte darf also die Eintragung nicht von der vorgängigen Erlage der Gebühr abhängig machen. (Bekanntm. d. Staatsministerien d. Just. u. Fin. v. 22. Februar 1905 JMBl. S. 592.)

Die in § 130 Abs. 1 Nr. 1 DA. bezeichneten Eintragungen zur Evidenthaltung des Titels und die in § 131 DA. erwähnten Eintragungen in den verschiedenen Abteilungen sind gem. Art. 3 Ziff. 1 gebührenfrei (Ziff. 3 d. zit. Min.-Bekanntm.). Bezüglich der nach § 18 GO. vorzunehmenden Eintragung eines Widerspruchs oder einer Vormerkung hätte sich vielleicht auch die Gebührenpflicht begründen lassen, weil hier zunächst der Schutz von Parteiinteressen in Frage steht und der Antrag auf Eintragung der Rechtsänderung veranlassend für die weitere amtliche Tätigkeit ist.

3. Die Auflassungsgebühr nach Art. 118.

Der gebührenpflichtige Akt ist hier die Entgegennahme der gem. § 925 BGB. von beiden Parteien abgegebenen Erklärung nebst Beurkundung. Die Gebühr wird fällig, wenn das Amtsgeschäft abgeschlossen ist. Eine Vorschußpflicht besteht nicht.

Die Gebühr variiert ebenso wie die Gebühr nach Art. 146 nach der Gattung des zugrunde liegenden Vertrags, nach der Person des Beteiligten und dem Wertgegenstand. Es ist deshalb zu berücksichtigen, ob die Parteien unter sich in dem durch Art. 146 begünstigten Verwandtschaftsverhältnis stehen oder ob die Auflassung zum Zweck der Erbteilung erfolgt, was sich aus dem vorzulegenden Veräußerungsvertrag ergeben wird. Je nachdem ist die Gebühr eine geringere.

[1]) Verh. d. K. d. Abg. 1898/99 Beil. Bd. 20 Abt. I S. 488.

[1]) § 8 d. Allerh. VO. die Hinterlegungsgeb. betr. vom 25. Dezember 1899 GVBl. S. 1237.



Die Vorschrift des Art. 118 wird vornehmlich dann anwendbar sein, wenn der obligatorische Vertrag von einem außerbayer. Notar beurkundet wurde oder wenn es sich um den Vollzug eines Vermächtnisses handelt.[1])

Ein den Veräußerungsvertrag ersetzendes Urteil gilt im Hinblick auf § 2 GKG. als eine nach Art. 146 bewertete Urkunde. Für Vergleiche und Anerkenntnisurteile sind gegebenenfalls die prozentualen Gebühren zuschlagsweise schon beim Prozeßgericht zu erheben (§ 101 GKG.).

Der Begriff der Auflassung ist im Geb.G. im weiteren Sinne gebraucht, als dies im BGB. geschieht. Es wird darunter auch die dingliche Einigung bei der Bestellung und Uebertragung von Rechten, die den Grundstücken gleichstehen (§ 78 DA.), zu verstehen sein. Die Anwendung der Bezeichnung für den Begründungsakt ist zwar ungewöhnlich. Die Bestellung oder Uebertragung eines Erbbaurechts nennt das Geb.G. neben der Auflassung (Art. 118 Abs. 2). Nachdem jedoch der obligatorische Vertrag bei der Bestellung oder Uebertragung der den Grundstücken gleichstehenden Rechte nach Art. 146 zu bewerten ist und beim Fehlen eines solchen die Bewertung des dinglichen Vertrags vollen Ersatz bieten soll, muß das Gesetz in der oben angegebenen Weise ausgelegt werden. Andernfalls würde ein Lücke vorliegen, die sich im Hinblick auf die Fassung des Art. 147 in gleicher Weise auch bei Notariatsurkunden geltend machen würde. Nachdem in Art. 118 die Bestellung oder Uebertragung eines Erbbaurechts besonders erwähnt ist, wäre übrigens bei Art. 147 der gleiche Zusatz veranlaßt gewesen.

Die Erklärung des einen Teils kann durch ein rechtskräftiges auf Abgabe oder Annahme der Auflassungserklärung ergangenes Urteil ersetzt werden (§ 894 CPO.). Der Gegner ist dann in der Lage, unter Uebergabe des Urteils die Annahme der urteilsmäßigen Bewilligung vor dem Grundbuchamt oder Notar zu erklären. Dieser Akt hat als Entgegennahme der Auflassung zu gelten[2]) und wird nach Art. 118, 146 bewertet, falls nicht, wie es in der Regel der Fall sein wird, schon dem Urteil ein nach Art. 146 bewerteter Vertrag vorangegangen ist. Ein solches Urteil für sich allein ersetzt nicht ein gebührenpflichtiges Geschäft, weshalb der Besteuerung beim Grundbuchamt die Vorschrift des § 2 Abs. 1 GKG. nicht entgegensteht.

Auf die Wertsermittlung muß bei Protokollierung einer gebührenpflichtigen Auflassung besonderes Gewicht gelegt werden, weil die dingliche Einigung an sich nichts von Preisangaben enthalten kann und nicht immer ein Kausalgeschäft zugrunde liegt, so bei der Auflassung eines vermachten Grundstückes (Art. 40). Eventuell findet das Wertsermittlungsverfahren nach Art. 41, 42 statt.

Außer der Gebühr des Art. 146 mit dem provisorischen Zuschlag nach dem Ges. v. 9. Juli 1904 und der etwaigen örtlichen Besitzveränderungsabgabe ist, wie schon oben erwähnt, auch die Gebühr zu erheben, die der Notar für die Beurkundung der Auflassung erhalten haben würde. Art. 118 war ursprünglich, was diesen Punkt anlangt, anders gefaßt und ordnete die Entrichtung der Notariatsgebühr nur an, wenn die Auflassung vor dem Grundbuchamt auf Grund einer Urkunde nach § 313 BGB., welche außerhalb Bayerns errichtet ist, erfolgt. Im Just.-Ges.-Ausschuß der Reichsratskammer wurde der Vorschrift die zum Gesetz gewordene allgemeine Fassung gegeben. Die Aenderung sollte, wie in beiden Kammern hervorgehoben wurde, nur eine redaktionelle sein[1]). Man wird indeß nicht umhin können, den Art. 118 hinsichtlich der Erhebung der Notariatsgebühr nach seinem jetzigen uneingeschränkten Wortlaut in allen Fällen der vor dem Grundbuchamt erklärten gebührenpflichtigen Auflassung anzuwenden, ohne Rücksicht darauf, ob ein außerhalb Bayerns errichteter Vertrag vorliegt oder nicht so z. B. auch bei der Auflassung eines vermachten Grundstücks. Auf die Motive eines Gesetzes kann nur zurückgegangen werden, wenn die Fassung des Textes zu Zweifeln Anlaß geben kann, was hier nicht der Fall ist. Diese Handhabung der Vorschrift entspricht übrigens der sonst im Gesetz verfolgten Absicht, den Kostenpunkt bei einer notariellen oder grundbuchamtlichen Beurkundung völlig gleichzustellen.

Für Entgegennahme der Auflassung eines vermachten Grundstücks, das über 200 Mk. wertet, erhält der Notar die Zeitgebühr.[2]) Daraus ergibt sich für die Bewertung der betreffenden Beurkundung vor dem Grundbuchamt eine Unzuträglichkeit, weil die Zeit, die der Notar zur Aufnahme der Urkunde gebraucht hätte, unbekannt ist. Der Grundbuchbeamte wird nur die Zeit ansetzen können, die er selbst zu dem Geschäft nötig hatte. Darnach ist sodann die Berechnung der für die Staatskasse mitzuerhebenden Notariatsgebühr vorzunehmen.

### 4. Die Eintragungsgebühr nach Art. 119.

Diese Gebühr ist „bei der Eintragung" zu entrichten, gleichviel ob dadurch die Rechtsänderung bewirkt wird oder ob diese schon voranging

---

[1]) Ueber die prozentuale Gebühr bei der Auflassung eines vermachten Grundstückes und deren Unangemessenheit vgl. Bl. f. RA. Bd. 70 S. 217 ff.

[2]) Oberneck, Reichsgrundbuchrecht III. Aufl. S. 425.

[1]) Verh. d. K. d. Reichsr. 1898/99 Just. Ges. Aussch. S. 422; Verh. d. K. d. Abg. 1898/99 Beil. Bd. 20, Abt. II. S. 889.

[2]) Art. 2 d. Allerh. V.O. die Not.Geb. in Grundbuchsachen betr. v. 28. Juli 1900 GVBl. S. 742.



wie bei der Uebertragung einer Briefhypothek. Die Gebühr fällt beim Grundbuchamt an, wenn die Eintragung erfolgt auf Grund einer vor dem Grundbuchamt erklärten Eintragungsbewilligung oder einer anderen öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde, soferne nicht schon beim Notar oder beim Prozeßgericht (§§ 2, 101 GKG.) für den Vertrag oder die Bewilligung die verhältnismäßigen Gebühren erhoben wurden. Je nach Beschaffenheit der Eintragung sind die verschiedenen Gebührensätze nach Art. 154, 155 oder 159 anzuwenden. Ausdrücklich ist im Gesetz die Gebührenpflicht der Eintragung einer Grundschuld für den Eigentümer hervorgehoben (Art. 154 Abs. 5 mit Art. 119 Abs. 2).

Sicherungshypotheken stehen in bezug auf die Gebührenbewertung den gewöhnlichen Hypotheken gleich. Bei Maximalhypotheken bemißt sich die Gebühr nach dem in das Grundbuch einzutragenden Höchstbetrag (§ 1199 BGB.). Bei der Rentenschuld ist die gemäß § 1199 BGB. einzutragende Ablösungssumme nur dann maßgebend, wenn sie höher ist als der nach § 9 Abs. 3 CPO. berechnete Wert. Der Bewertung von Dienstbarkeiten, Vorkaufsrechten und Reallasten sind die Bestimmungen der CPO. zugrunde zu legen (Art. 39, § 9 GKG.).

Für die Eintragung von Grunddienstbarkeiten, die bei Anlegung des Grundbuches schon bestehen, ist Gebührenfreiheit bewilligt (Art. 310).[1] Die Eintragung der Sicherungshypothek für die Forderung gegen den Ersteher und die auf Antrag des Eigentümers erfolgte Eintragung einer Sicherungshypothek für Forderungen des Staates oder staatlicher Anstalten sind gebührenfrei (Art. 20 bzw. 120). Wird auf eine solche Hypothek verzichtet und läßt der Eigentümer nicht löschen, so erwirbt er kraft Gesetzes die Hypothek als Grundschuld. Bei der Eintragung der Aenderung im Grundbuch ist nur eine Berichtigung in Frage und fällt die Gebühr nach Art. 119 nicht an, so daß der Eigentümer auf diese Weise ohne Bezahlung einer prozentualen Gebühr zu einer Grundschuld gelangen kann.[2]

Von besonderer Wichtigkeit ist die Ausnahmsbestimmung des Abs. 2 Art. 119, wonach nur die Gebühr des Art. 116 zur Erhebung kommt, wenn die Eintragung zu erfolgen hat, ohne daß es hiezu der Bewilligung desjenigen bedarf, dessen Recht durch sie betroffen wird. In den Motiven a. a. O. S. 490 ist bemerkt, daß hierher gehören die Sicherungshypotheken, die kraft Gesetzes entstehen, und die Hypotheken, die auf Ersuchen der Behörden eingetragen werden (§ 54 FG., Art. 89, 123 AG. z. BGB.). Unter die Ausnahmebestimmung wird aber auch fallen die Eintragung von Zwangshypotheken, Arresthypotheken, von Pfändungen und Ueberweisungen auf Grund gerichtlicher Beschlüsse. Auffallend ist allerdings, daß darüber in den Motiven nichts gesagt ist, obwohl Anlaß gewesen wäre, weil durch Art. 119 die frühere Bestimmung des Art. 91 Abs. 2 ä. F., der die Erhebung einer prozentualen Gebühr bei der Eintragung oder Vormerkung von Zwangshypotheken untersagte, aufgehoben wurde. Daß landesgesetzlich eine prozentuale Gebühr für derartige Eintragungen hätte festgesetzt werden können, unterliegt keinem Zweifel. In § 35 Z. 2 d. GKG. sind die §§ 837, 866, 932 CPO. nicht angeführt. Der Umstand, daß die Eintragung eine Maßregel der Zwangsvollstreckung darstellt, macht sich nur insofern geltend, als die im Armenrecht streitende Partei auch von den Eintragungskosten vorläufig befreit ist.

Die Zweifel über die Auslegung des Abs. 2 Art. 119 könnten sich vielleicht darauf stützen, daß in den vorgenannten Fällen die Eintragungsbewilligung erst durch den Vollstreckungstitel und die Abtretungserklärung durch den gerichtlichen Ueberweisungsbeschluß ersetzt werden muß (§ 1155 BGB., § 836 CPO.), die Zustimmung des Eigentümers also an sich notwendig ist (Konsensprinzip) und daß die Motive nur Fälle erwähnen, in denen ein solcher Ersatz nicht erforderlich ist. Gegen die Gebührenpflicht spricht aber der Wortlaut des Gesetzes, der eine so künstliche Konstruktion nicht zuläßt, und vor allem der Umstand, daß die frühere Begründung für die Freiheit der Zwangshypotheken von der prozentualen Gebühr noch vollständig zutrifft. Maßgebend war seinerzeit die Erwägung, daß derartige Eintragungen nur auf Grund einer bereits mit einer Gebühr bewerteten Urkunde erfolgen können[1]), was auch heute noch gilt.

Im Abs. 2 des Art. 119 ist nur von der Eintragungsbewilligung die Rede. Auch bei Briefhypotheken, die mit der öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung vorgelegt werden, bedarf es für die Eintragung keiner Bewilligung nach § 19 GO. Da die Eintragung solcher Uebertragungen zweifellos nicht von der Gebühr des Art. 119 verschont bleiben sollte (Art. 155 Abs. 2), auch wenn die Abtretungserklärung nicht von einem bayer. Notar beglaubigt wurde, ist unter Bewilligung im Sinn des Art. 119 auch die Abtretungserklärung zu verstehen.

Wird die Eintragung des neuen Gläubigers beantragt unter Vorlegung eines Hypothekenbriefs, der durch verschiedene Hände gegangen ist und mehrere Abtretungserklärungen nacheinander enthält, so kann doch nur eine Gebühr nach Art. 119 erhoben werden. Die früheren Uebergänge, die außerhalb

[1]) Näheres hierüber siehe bei Henle und Schneider Handausg. d. AG. z. BGB. Anm. 7 zu Art. 10 UeG.

[2]) Vgl. Pfaff und Reisenegger, Geb.Ges., 5. Aufl. S. 153.

[1]) Verh. d. K. d. Abg. 1885/86, Beil. Bd. 9 S. 355.



des Grundbuchs erfolgen, sind zur Besteuerung nicht heranzuziehen, wenn dabei nicht ein bayer. Notar in Anspruch genommen wurde. Die Form der Briefhypothek bietet so die Möglichkeit, in gesetzlich zulässiger rechtswirksamer Weise die Uebertragung von Hypotheken ohne Entrichtung von Gebühren vorzunehmen. De lege ferenda wäre vielleicht zu erwägen, ob nicht durch eine höhere Besteuerung der Briefhypotheken bei der ersten Eintragung oder durch Erhebung einer höheren Gebühr bei Eintragung der Uebertragung einer durch mehrere Hände gegangenen Briefhypothek ein Ausgleich zu schaffen ist, um die Uebertragung von Briefhypotheken nicht gegenüber der Uebertragung von Buchhypotheken allzusehr zu begünstigen.

Bei der Inhabergrundschuld und Inhaberrentenschuld kann die Eintragung erst nach Erteilung der staatlichen Genehmigung erfolgen (§ 1195, 1199, 795 BGB.). Die hierfür zu zahlende Beschlußgebühr (Art. 219 Z. 2) wird auch als Aequivalent für die der Staatskasse entgehenden Uebertragungsgebühren gelten können. Ob der Gebührensatz, der nach Art. 219 im Maximum 200 Mark beträgt, genügend ist, darf bezweifelt werden, weil je nach der Summe eine einzige Uebertragung einer gewöhnlichen Hypothek viel mehr kostet und die Inhabergrundschuld oder Inhaberrentenschuld im Lauf der Zeit durch viele Hände gehen kann, ohne daß eine weitere Besteuerung der formlosen Uebergänge möglich ist.

Unter die Ausnahmebestimmung des Abs. 2 Art. 119 fällt nicht die Eintragung von Sicherungshypotheken der Baumeister (§ 648 BGB.) und der Brauer (Art. 14 AG. z. BGB.), weil die Eintragungsbewilligung des Eigentümers notwendig ist und kraft Gesetzes nur die obligatorische Verpflichtung des Eigentümers zur Bestellung der Hypothek entsteht. [1])

Die rechtsgeschäftlichen Erklärungen, die zur Eintragung nach Art. 119 führen können (§ 78 Z. 2 und 3 DA.), sind vom Grundbuchamt gebührenfrei zu beurkunden. Dies bewirkt eine Ungleichmäßigkeit, denn die nämlichen Beurkundungen, wenn sie vom Notar vorgenommen werden, sind gebührenpflichtig. Es wird öfters vorkommen, daß die Eintragungsbewilligung erklärt wird, ohne daß der Eintragungsantrag, der nach Belieben von dem Verpflichteten oder Berechtigten formlos nachgebracht werden kann, damit verbunden wird. Der Grundbuchbeamte muß auch die Erklärung allein, die von großer rechtlicher Bedeutung ist (§ 873 BGB.), entgegennehmen (§ 101 DA.). Wenn Zweifel bestehen, ob eine Eintragung vollzogen werden kann oder nicht, riskieren die Beteiligten viel weniger, wenn sie zum Grundbuchamt gehen und dort ihre Erklärung protokollieren lassen. Die Gebühr für die Abweisung des Eintragungsantrags beträgt in der Regel nur 1 Mark. Dem Prinzip, Notar und Grundbuchamt in ihrer Amtstätigkeit den Parteien gegenüber gleich zu stellen, hätte es besser entsprochen, die Gebührenpflicht schon für die grundbuchamtliche Beurkundung jener Erklärungen festzusetzen. Der Verkehr beim Grundbuchamt kann sich möglicherweise so entwickeln, daß der zugunsten des Notariats durchgeführte Plan infolge jener verschiedenen Behandlung der Beurkundungen gestört wird.

Ueber den Zeitpunkt der Fälligkeit der Gebühr des Art. 119 läßt der Text des Gesetzes im unklaren. Die Wendung „bei der Eintragung" ist nicht gleichbedeutend mit dem Ausdruck „vor der Eintragung". Das Vorwort „bei" wird sonst im Gebührengesetz nicht gebraucht, um eine Verpflichtung zur Vorauszahlung anzudeuten (Art. 87, 111, 118). Die Gebühr nach Art. 119 ist an die Eintragung geknüpft. Sie ist nach dem Wortlaut des Gesetzes zeitlich auf die gleiche Stufe gestellt mit der Gebühr nach Art. 116, die erst nach Vollzug der Eintragung fällig wird. Der gebührenpflichtige Akt ist für die Gebühr nach Art. 116 und für die Gebühr nach Art. 119 identisch. Kommt es nicht zur Eintragung, dann fällt die prozentuale Gebühr nicht an. Im allgemeinen gilt sowohl für das Gebührengesetz wie für das Gerichtskostengesetz der Grundsatz, daß die Gebühr, von der besonders normierten Vorschußpflicht abgesehen, erst fällig wird, wenn die Amtshandlung geschehen ist (Art. 39, § 93 GKG., § 30 Vollzugsinstr. z GKG. u. Geb.Ges. v. 25. Dezember 1899 JMBl. 1900 S. 360).

Diese Gründe würden die Annahme nahelegen, daß die Gebühr des Art. 119 erst nach der Eintragung fällig wird. Nach den Motiven des Gesetzentwurfs ging man jedoch davon aus, daß die Gebühr im voraus zu bezahlen sei, um die Staatskasse ebenso sicherzustellen, wie es bei Eintragungen auf Grund von Notariatsurkunden der Fall ist (Art. 288). Demgemäß ist auch in der zitierten Ministerialbekanntmachung vom 22. Februar 1905 angeordnet, daß die Gebühr des Art. 119 vor der Eintragung entrichtet werden muß. Bei der Bewertung einer noch nicht vorgenommenen Amtshandlung und bei der Sollstellung der betreffenden Gebühr sind Unzukömmlichkeiten nicht ganz ausgeschlossen. Es wird nicht selten sein, daß die „fällige" Gebühr zurückvergütet werden muß.

### 5. Die Beschlußgebühr.

Art. 124 hat die Anwendung dieser Gebühr eingeschränkt. Sie kann nur mehr erhoben werden für die Zurückweisung eines ungerechtfertigten Antrags auf Eintragung oder für die Bestimmung einer Frist zur Hebung der Eintragungshindernisse. Die beschlußmäßige Abweisung des Antrags auf Einsicht des Grundbuchs, die nach

---

[1]) Oberneck a. a. O. S. 999 ff.

Art. 94, 95 Abs. 2 Geb.Ges. ä. F. bezüglich des Hypothekenbuchs gebührenpflichtig war, ist nun gebührenfrei. Auch für den Beschluß, durch den eine Beurkundung abgelehnt wird (§ 101 DA.), kann eine Gebühr nicht erhoben werden, wenn sich die Beurkundung nicht zugleich auf einen Eintragungsantrag erstrecken sollte. Warum Beschlüsse dieser Art gebührenfrei bleiben sollen, ist nicht erfindlich. Bei der Zurücknahme der in Art. 125 Abs. 2 genannten Anträge ist die Hälfte der Gebühr nach Art. 116 zu entrichten. Für die beschlußmäßige Zurückweisung dieser Anträge existiert keine Gebührenbestimmung. Es drängt sich die Vermutung auf, daß es sich um Lücken des Gesetzes handelt, die nicht beabsichtigt waren.

6. Obliegenheiten des Grundbuchbeamten.

Durch Art. 289, der auf öffentlich rechtlicher Grundlage beruht, ist es dem Grundbuchbeamten zur Pflicht gemacht, keine Eintragung in das Grundbuch vorzunehmen, bevor der Nachweis über die Entrichtung oder Hinterlegung der Gebühren vorgelegt ist. Die Vorschrift kann sich selbstverständlich nur auf solche Gebühren beziehen, die vor der Eintragung fällig geworden sind. Die landesgesetzliche Zuständigkeit zur Ordnung des Gebührenwesens bringt es mit sich, daß durch Landesgesetz als formelle Voraussetzung einer Eintragung, der reichsrechtlich keinerlei Hindernis entgegensteht, die vorgängige Zahlung der Gebühr aufgestellt werden konnte (§ 119 Ziff. 5 DA.).

Die Entrichtung der Gebühr ist vom Grundbuchbeamten nicht zu kontrollieren, wenn die Eintragung auf Grund einer von einem bayer. Notar errichteten oder beglaubigten Urkunde beantragt wird. Nach den Motiven a. a. O. S. 499 soll die Bestimmung des Art. 289 von der letztgenannten Modifikation abgesehen der Vorschrift des Art. 261 Geb.G. ä. F. entsprechen. Dies trifft jedoch nicht zu, denn dort war nur die Umschreibung des Erwerbs- oder Besitztitels vor Erbringung des Nachweises der Gebührenzahlung untersagt, während jetzt auch die Eintragungen in der III. Abteilung in Betracht kommen, weil der Grundbuchbeamte davon ausgehen muß, daß auch die Eintragungsgebühr nach Art. 119 vor der Eintragung fällig wird und vor Erlage dieser Gebühr bei Meidung persönlicher Haftung die Eintragung nicht vollzogen werden darf (zit. Min.-Bek. v. 22. Februar 1905). Die Zahl der Fälle, in denen die Haftung des Grundbuchbeamten in Frage steht, ist also gegen früher sehr vermehrt.

Die rechnerische Behandlung der bei den Grundbuchämtern anfallenden Gebühren obliegt dem Gerichtsschreiber.[1]) Zum Rechnungswesen gehört die Bemessung des für die Amtshandlung geschuldeten Gebührenbetrags. Es muß genügen, wenn die Quittung des Gerichtsschreibers vorliegt. Die Höhe des berechneten Betrags ist zunächst für den Grundbuchbeamten gleichgültig. Auch über die Anrechnung oder Zurückerstattung einer Gebühr im Fall des Art. 121 hat der Gerichtsschreiber zu befinden. Nur wenn Erinnerungen nach § 44 erhoben werden, hat der Grundbuchbeamte die betreffenden Ansätze zu prüfen und darüber Beschluß zu fassen. Bei den Gebührenstreitigkeiten die (ohne Gehör der Finanzbehörden) erstinstanziell bei den Grundbuchämtern zu erledigen sind und nicht zu den Seltenheiten gehören werden, wird manchmal, wenn Art. 121 anzuwenden ist oder sonst verhältnismäßige Gebühren nach Art. 146, 154 ff. in Betracht kommen, über ziemlich verwickelte Fälle zu entscheiden sein. Bei den Hypothekenämtern waren bei der Einfachheit der früheren Vorschriften Streitigkeiten fast ausgeschlossen.

Wird für eine Eintragung nach Art. 119 Gebührenfreiheit in Anspruch genommen, dann hat der Grundbuchbeamte selbst, ehe er die Eintragung vollzieht, im Hinblick auf Art. 289 sich darüber schlüssig zu machen, ob prozentuale Gebühren anfallen oder nicht.

Was die Eintragung nicht rechtsgeschäftlicher Eigentumsänderungen betrifft (§ 355 DA.), so ist nach wie vor die Entrichtung der etwa nach Art. 249 ff. angefallenen Gebühren zu prüfen, was selbstverständlich auch für den Fall gilt, daß ein Dritter die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung des Berechtigten nach § 14 GO. beantragt. Sind Erbeserben in Frage, die nicht eingetragen sind, so wird der Nachweis der Gebührenzahlung für die sämtlichen Eigentumsübergänge vom letzten eingetragenen Eigentümer an zu verlangen sein.

Wo das Gesetz für den Ansatz der Gebühr einen Spielraum läßt, ist nach Art. 280 u. § 5 d. zit. Allerh. VO. vom 23. Dezember 1899 zu verfahren. Für den Grundbuchbeamten kommen dabei hauptsächlich die Vorschriften der Art. 122 u. 123 in Betracht.

7. Schlußbemerkung.

Die Besprechung der neuen Gebührenbestimmungen im Rahmen einer Abhandlung, die nur einen allgemeinen Ueberblick geben sollte, ließ in keinem Teil eine erschöpfende Behandlung zu. Ueber die Gebührensätze, die ohne weiteres dem Gesetz zu entnehmen sind, und über manche Einzelheiten, die wesentliche Aenderungen nicht erfahren haben, wurde ganz hinweggegangen.

Darüber, wie sich die neue gesetzliche Regelung in dem vielgestaltigen Verfahren vor dem Grundbuchamt bewähren wird, bleibt das Urteil der

[1]) Vgl. Art. 286, Allerh. VO. z. Ausf. d. GKG. u. Geb.Ges. v. 23. Dezember 1899, JMBl. 1900 S. 340 und die zit. Vollzugsinstr. v. 25. Dezember 1899.

Zukunft vorbehalten. Soviel kann aber schon jetzt gesagt werden: die in der Reichsratskammer bei Beratung des Gesetzentwurfs ausgesprochene Hoffnung, das neue Gesetz werde sich leichter handhaben als das bisherige, wird sich, was die Grundbuchsachen anbelangt, kaum erfüllen. Die Bestimmung, daß drei oder vier verschiedene Gebühren für einen rechtlichen Vorgang zu berechnen sind, und die Art und Weise der Anordnung des Art. 119 sind mit der Annahme, die Vorschriften seien einfach und klar, nicht recht in Einklang zu bringen.

Wird die gesetzgeberische Absicht erreicht und der Immobiliarverkehr einschließlich der Hypothekengeschäfte dem Notariat fast ungeschmälert erhalten, so wird sich auch in der gebührenrechtlichen Praxis nicht viel ändern. Da sich aber die Entwicklung nicht voraussehen läßt, muß sich der Grundbuchbeamte rüsten, um den neuen Anforderungen, die im Gebührenwesen an ihn herantreten können und wenigstens vereinzelt auch an ihn herantreten werden, gewachsen zu sein.

---

# Zu § 91 Abs. 2 und 3 ZwVG.

Von **Theodor von der Pfordten.**

In der Literatur wird vielfach die Ansicht vertreten, daß eine Vereinbarung über die Aufrechterhaltung der durch den Zuschlag erlöschenden Rechte nur dann möglich sei, wenn auf das Recht ein Teil des Versteigerungserlöses entfällt, und daß es undenkbar sei, das Bestehenbleiben durchgefallener Rechte durch einen Vertrag im Sinne des § 91 Abs. 2 ZwVG. zu bewirken.[1]) Zum Beweise der Richtigkeit dieser Auffassung beruft man sich auf die Erwägung, daß die Vereinbarung nur einen Ersatz für die Zahlung des Erlöses durch den Ersteher darstelle. Es gehe dies daraus hervor, daß nach § 91 Abs. 3 eine Verminderung des durch Zahlung zu berichtigenden Teiles des Meistgebots vorgeschrieben sei, wenn ein Vertrag über Aufrechterhaltung eines erlöschenden Rechts vorliege, und daß die Vereinbarung wie die Befriedigung des Berechtigten aus dem Grundstücke, also wie eine Zahlung des Erstehers wirke.

Man wird diese Beweisführung nicht als stichhaltig betrachten können.[2]) Man darf bei der Erklärung des Gesetzes nicht vom Abs. 3 ausgehen. Dieser enthält keine Vorschrift über die Voraussetzungen, unter denen ein Recht vor dem Untergang bewahrt werden kann, sondern er setzt nur bestimmte Folgen der Vereinbarung fest; deren Bedingungen sind im vorhergehenden Absatz näher geregelt. Abs. 2 selbst macht aber durchaus keinen Unterschied zwischen gedeckten und ungedeckten Rechten und es ist eine alte Auslegungsregel, daß man in das Gesetz da keine Unterscheidungen hineintragen soll, wo sie nicht durch den Wortsinn nahegelegt werden.

Mit mehr Grund könnte man vorbringen, daß der Ersteher vernünftigerweise kein Interesse daran haben könne, sich mit einem Rechte zu belasten, das in der Versteigerung durchgefallen ist. Er lade in einem solchen Fall ohne Zwang und ohne Gegenleistung eine Verbindlichkeit auf sich. Nur dann erhalte er eine entsprechende Vergütung, wenn ihm der Berechtigte den Betrag oder den Wert des Rechts erstatte. Ein solcher Vorgang käme aber der Begründung eines ganz neuen Rechts auf Grund einer neuen Kreditgewährung gleich. Zu einer solchen werde auch der Berechtigte schwerlich geneigt sein, da sich in dem durchgeführten Verfahren soeben erst die Unzulänglichkeit der in dem Pfandgegenstande (dem Grundstücke) gegebenen Sicherheit herausgestellt habe. Dieser Gedankengang hat manches für sich: wenn wirklich nur in ganz außergewöhnlich gelagerten Ausnahmefällen Ersteher und Berechtigter auf den Gedanken kommen könnten, in Verhandlungen über die Erhaltung eines ungedeckten Rechtes einzutreten, so wäre anzunehmen, daß auch das Gesetz ein so seltenes Vorkommnis nicht treffen wollte. Auch bestand allerdings für das ZwVG. kein Anlaß, eine Vereinbarung zu regeln, die lediglich auf die Bewilligung neuen Kredits an den Ersteher hinausläuft.

Es wäre demnach zunächst zu untersuchen, ob sich Umstände denken lassen, die den Ersteher veranlassen können, ohne Gegenleistung ein in der Versteigerung nicht mehr zum Zuge gekommenes Recht zu übernehmen. Man braucht weder besonders weit zu greifen noch sehr verwickelte Beispiele auszudenken, um zu solchen Möglichkeiten zu gelangen. Es ist sehr wohl denkbar und kommt nicht allzu selten vor, daß eine Person deswegen zur Einsteigerung eines Grundstücks schreitet, weil sie für die auf ihm lastenden Rechte auch persönlich in irgend einer Form haftet, oder weil die dinglichen Rechte auch auf ihren Grundstücken eingetragen sind. Sie hat die Inanspruchnahme durch die Gläubiger zu erwarten, sobald der Ausfall eines Rechtes feststeht. Um diese von sich abzuwälzen oder sich doch wenigstens eine Frist zu verschaffen, kann ihr die Vereinbarung nach § 91 Abs. 2 dienen. Kommt eine solche zustande, so erlischt nach § 91 Abs. 3 Satz 2 die etwa bestehende persönliche Haftung des Erstehers (z. B. die Verpflichtung aus einer Bürgschaft); sind eigene Grundstücke des Erstehers mit einer Hypothek belastet, die mit der von der Vereinbarung

[1]) Vgl. die Uebersicht über die verschiedenen Meinungen bei Jäckel 2. Aufl. S. 338.

[2]) Vgl. Freund im Centralbl. f. freiw. Gerichtsb. V S. 506.

betroffenen Hypothek an dem versteigerten Grundstück im Verband einer Gesamthypothek stand, so wird der bisherige Grundbesitz des Erstehers frei (§ 1181 Abs. 2 BGB.), soweit nicht etwa eine Ersatzhypothek für den Subhastaten entsteht (§ 1182 BGB.). Der bei der Versteigerung durchgefallene aber mit einer persönlichen Forderung gegen den Ersteher oder mit einer Hypothek an dessen Grundstücken ausgestattete Gläubiger hat demnach, wenn ihm ein Vertrag nach § 91 Abs. 2 angeboten wird, die Wahl, ob er sich mit der Fortdauer seines Rechtes an dem versteigerten Grundstücke begnügen oder auf anderweitige Verbindlichkeiten des Erstehers zurückgreifen will.[1]) Man kann nicht annehmen, daß der Berechtigte stets das letztere wählen werde. Zwar ist zuzugeben, daß der Verlauf der Versteigerung eine gewisse Unsicherheit des Rechts an dem Grundstücke gezeigt hat, aber völlig wertlos muß es deswegen nicht sein. Die Person des Erstehers kann z. B. eine Gewähr dafür bieten, daß sich der Wert des Versteigerungsgegenstandes erhöht; auch dessen natürliche Beschaffenheit und Lage kann eine Preissteigerung für spätere Zeit erwarten lassen, die vielleicht dem Berechtigten die Erhaltung des dinglichen Rechts wünschenswert macht (es handelt sich z. B. um einen Bauplatz in einer aufstrebenden Gegend). Es ist auch bekannt, daß bei Versteigerungen das Meistgebot nur selten dem wirklichen Wert eines Grundstücks entspricht: möglicherweise stand also das durchgefallene Recht noch innerhalb einer sicheren Wertgrenze; der Berechtigte hätte es ohne sonderlichen Nachteil selbst herausbieten können und hat dieses Eingreifen gerade mit Rücksicht darauf unterlassen, daß der Ersteher schon vor dem Versteigerungstermin mit ihm über die Erhaltung seines dinglichen Anspruchs zu verhandeln begonnen hatte. Ferner ist damit zu rechnen, daß der persönliche Rückgriff gegen den Ersteher vielfach nur geringe Aussichten bieten wird, so daß der Gläubiger froh sein muß, wenn er unter Verzicht auf ihn sein dingliches Recht retten und sich so die Möglichkeit einer Befriedigung für die Zukunft wahren kann.

Ganz besondere wirtschaftliche Bedeutung gewinnt die Frage nach der Tragweite des § 91 Abs. 2, wenn Rechte ungedeckt geblieben sind, die nicht auf eine Kapitalszahlung gehen (vor allem Grunddienstbarkeiten). Solche müssen, da sie ihrer Natur nach unteilbar sind, entweder ganz untergehen oder ganz bestehen bleiben. Legt man den § 91 Abs. 2 dahin aus, daß er nur gedeckte Rechte betrifft, so könnte man eine Grunddienstbarkeit nur dann von dem Untergange bewahren, wenn das Meistgebot zur Zahlung des Wertsersatzes (§ 92) völlig ausreicht; es könnte ihr Erlöschen selbst dann nicht verhindert werden, wenn der Inhaber auf eine annähernde Befriedigung aus dem Erlöse rechnen könnte.[1]) Und doch wird unter Umständen das Fortbestehen der Dienstbarkeit für den Ansteigerer eine nur geringfügige Belästigung darstellen, während er andererseits an einer Verringerung der ihm obliegenden Barzahlung wohl stets Interesse haben wird. Das Ergebnis der einschränkenden Auslegung des § 91 Abs. 2 wäre also für solche Fälle höchst unbefriedigend.

Es ist keineswegs ausgeschlossen, daß der neue Eigentümer die Fortdauer einer Grunddienstbarkeit auch dann zu dulden gewillt ist, wenn auf diese gar nichts entfällt. Es mag sein, daß deren Bestand für die Wirtschaftsführung des Berechtigten geradezu unentbehrlich ist, die Brauchbarkeit und Verkäuflichkeit des dienenden Grundstücks aber in gar keiner Weise herabsetzt. Entschließt sich der Ersteher in solchen Fällen zu einem Entgegenkommen gegenüber dem Berechtigten — sei es unentgeltlich, sei es gegen eine unbedeutende Entschädigung — so wäre es zwecklos, die Beteiligten auf den immerhin weit umständlicheren und kostspieligeren Weg der Neubegründung des Rechts zu verweisen, statt ihnen zu erlauben, daß sie einfach im Verteilungstermin die entsprechenden Erklärungen abgeben. Es dürfte sonach kein Zweifel darüber bestehen, daß wirtschaftliche Bedürfnisse für die Zulässigkeit der Aufrechterhaltung durchgefallener Rechte sprechen, daß man jedenfalls aber nicht behaupten kann, es könne ein Interesse der Beteiligten an einer solchen nicht vorkommen.

Dagegen könnte sie allenfalls noch wegen eines andern Bedenkens verneint werden. Sie ließe sich nämlich zur Gebührenhinterziehung verwenden, wenn landesrechtlich, wie in Bayern, eine Berechnung gewisser Gebühren aus dem Betrage des Meistgebots vorgeschrieben ist.[2]) Das Meistgebot wird ziffermäßig nur in einer Summe ausgedrückt, in welche die im geringsten Gebote stehenden nicht durch Barzahlung zu deckenden Rechte nicht eingerechnet werden.[3]) Bei der Gebührenbewertung wird man gleichwohl den Betrag oder Wert der vom geringsten Gebot umfaßten, auf den Ersteher übergehenden Hauptrechte dem eigentlichen „Meistbargebote" hinzuzählen müssen. Denn für die Gebührenberechnung kommt die

[1]) Würde man mit Wolff Bem. 4 zu § 91, Linckelmann in der Jur. Wschr. 1903 S. 336 und Lafrenz im Sächs. Archiv 12 S. 78 der Vereinbarung die Wirkung der Schuldübernahme beimessen, so würde freilich der Ersteher stets vom Regen in die Traufe kommen. Aber die Meinung der erwähnten Schriftsteller ist auch durchaus nicht zu billigen: sie verkennt, daß zwischen dem rein dinglichen Vertrag des § 91 Abs. 2 und seiner obligatorischen Grundlage scharf zu unterscheiden ist (vgl. von der Pfordten, Kommentar zum ZwVG. S. 266).

[1]) Vgl. Fischer-Schäfer Bem. 4 zu § 91, Jäckel 2. Aufl. S. 338 Abs. 2 zu 2.

[2]) Vgl. zum folgenden Wochinger Bem. 5 zu Art. 9 des GebührenG.

[3]) Vgl. Jäckel 2. Aufl. Bem 2b zu § 82 ZwVG.



Summe in Betracht, die der Ersteher bei wirtschaftlicher Betrachtung des durch den Zuschlag vermittelten Eigentumsübergangs für die Erwerbung des Grundstücks aufzuwenden hat. Dagegen kann man Rechte, die bestehen bleiben, ohne vom Meistgebote gedeckt zu sein, nicht berücksichtigen. Es könnte nun ein Kauflustiger auf den Gedanken kommen, eine das geringste Gebot nur um einen winzigen Betrag übersteigende Summe zu bieten, gegen das Ueberbieten durch die nachstehenden auf Barzahlung angewiesenen Berechtigten aber sich durch eine geheime Verabredung zu schützen, vermöge deren späterhin eine Erklärung nach § 91 Abs. 2 hinsichtlich ihrer Ansprüche abgegeben werden soll. Auf diese Weise könnte man allerdings die Kosten des Verfahrens verringern. Aber ein Bedenken gegen die Zulässigkeit der Aufrechterhaltung ungedeckter Rechte wird man hieraus nicht herleiten können. Denn der geschilderte Fall wird praktisch nicht leicht vorkommen: die dinglich Berechtigten würden sich durch eine Verabredung der gedachten Art völlig in die Hand des Erstehers geben, und die hiermit verbundene Gefahr stünde in keinem Verhältnisse zu dem zu erwartenden Vorteile.

---

## Die nicht valutierte Grundschuld im Zwangsversteigerungsverfahren.

Von Landrichter **du Chesne** in Leipzig.

Das Reichsgericht, V. Zivilsenat, hat nach dem Berichte in Jur. Wschr. 1905 Nr. 9, 291 zu Nr. 18 unter dem 8. März 1905 entschieden, daß der auf eine nicht valutierte Grundschuld in der Zwangsversteigerung angewiesene Betrag nicht dem Eigentümer, sondern dem ausfallenden Nachhypothekengläubiger zukommt. Die Gründe sind in kurzem folgende: Die Grundschuld ist durch den Zuschlag erloschen; an ihre Stelle ist das Recht des Grundschuldberechtigten getreten, Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse zu verlangen. Schon deshalb wäre auf die Erklärung des Berechtigten, er nehme die Grundschuld nur in Höhe eines Teilbetrags, nämlich des auf die Grundschuld wirklich gewährten Betrags, in Anspruch, § 1168 BGB. nicht anwendbar. Die Anwendung von § 1163 BGB., der das Vorhandensein einer Forderung voraussetzt, verbietet sich durch § 1192 Abs. 1 BGB. Die Grundschuld fällt daher in Höhe des nicht liquidierten Betrags ins Leere und der auf sie zugeteilte Versteigerungserlös wird für die Nachgläubiger frei. In der Hervorhebung der grundlegenden Entscheidungen S. 304 desselben Heftes ist dieses Ergebnis als ein überraschendes bezeichnet; der Berichterstatter scheint es nach der Fassung des Berichts in Zweifel ziehen zu wollen. Und in der Tat, das Ergebnis erscheint zunächst so auffällig, daß ein näheres Eingehen auf die wichtige Frage wohl gerechtfertigt erscheint. Dies soll im Folgenden geschehen, und zwar auf Grund der Ergebnisse früherer Arbeiten des Verfassers, die sich hierbei zugleich über ihre praktische Verwertbarkeit werden ausweisen müssen.

Im Sächs. Arch. 1905, Heft 3/4 S. 157 ff. habe ich näher dargelegt, was hier nur ganz kurz wiederholt werden soll: Der Tauschwert von Grund und Boden ist ein besonderes Rechtsgut, das nach rechtlicher Gestaltung ringt. Zwei rechtliche Denkformen des Grundstückstauschwertes lassen sich mindestens nachweisen, eine selbständige, die Grundschuld, und eine unselbständige, die Hypothek (im dinglichen Sinne); ich fasse sie unter der Bezeichnung „Grundrecht" zusammen. Bei der Hypothek ist ein abgeschiedener, als besonderes Rechtsgut gedachter Teil des Tauschwertes des Grundstücks (oder der ganze Tauschwert) mit einer schuldrechtlichen Forderung dergestalt zu einem Rechtsgebilde verschmolzen, daß der Tauschwertsteil als Befriedigungsobjekt, d. i. als Pfand für die Forderung haftet. Dagegen bedeutet die Bestellung einer Grundschuld die Uebertragung eines solchen Tauschwertsteiles (oder des ganzen Tauschwertes) in das Vermögen eines anderen. Ist aber in dem Rechtsgebilde der Hypothek der als besonderes Rechtsgut gedachte Tauschwertsteil für die schuldrechtliche Forderung nur verpfändet, so kann er zur Befriedigung nur soweit verwendet werden, als die schuldrechtliche Forderung reicht; der Rest bleibt als hyperocha zurück. Diese hyperocha des verhafteten Grundrechts wird, da auch hier die Vorstellung von dem Tauschwert als besonderem Rechtsgute und Vermögenswerte durchgeführt wird, als Eigentümergrundschuld konstruiert. Das bedeutet: das unselbständige (verpfändete) Grundrecht bleibt, auch soweit es nicht für die Forderung in Anspruch genommen wird, Grundrecht, nur wird es insoweit von einer Forderung unabhängig und selbständig, d. i. Grundschuld, und steht als solche, also als Tauschwertsanteil in besonderer Rechtsform und getrennt gehaltene hyperocha, dem Grundstückseigentümer frei und unverhaftet zu. Die gewöhnliche Grundschuld dagegen ist von vornherein selbständig. Es ist möglich, im Zweifel sogar wahrscheinlich, daß auch bei ihr eine schuldrechtliche Forderung auf der Seite des Grundschuldberechtigten vorhanden ist; aber der Tauschwertsanteil ist nicht für diese Forderung verpfändet und nicht zunächst nur zu ihrer Befriedigung bestimmt. Vielmehr steht der Tauschwertsteil dem Grundschuldberechtigten zu und gehört ihm, ganz ohne rechtlichen Zusammenhang mit der schuldrechtlichen Forderung. Forderung und Grundrecht (als Grundschuld) gehen jedes seinen eigenen Weg, sie gehen einander wohl wirtschaftlich, nicht aber rechtlich etwas an. Ist dem aber so, so fällt damit die Möglichkeit einer hyperocha, die ja gerade auf der rechtlichen Beziehung zwischen Schuld und Pfand beruht, aus. Hat der Grundschuld-

berechtigte das Grundrecht ohne Rücksicht auf seine etwaige Forderung, so kann der Umstand, daß diese Forderung einen geringeren Vermögenswert hat, als das Grundrecht, auf das letztere keinen Einfluß ausüben. Anders ausgedrückt: das Zurückbleiben der schuldrechtlichen Forderung hinter dem absoluten Grundrechte wirkt nicht dinglich; haben beide keine rechtliche Beziehung zueinander, so kann eine Differenz zwischen ihrem Vermögenswerte auch keine Teilung im dinglichen Rechte, keine Eigentümergrundschuld erzeugen.

Ist aber die Grundschuld — wirtschaftlich zur Sicherung einer Forderung bestellt worden, so ergibt sich trotz der klaren Rechtslage beim Zurückbleiben des Forderungsbetrags hinter dem Betrage der Grundschuld eine wirtschaftliche Differenz, die nicht unausgeglichen bleiben kann. Dieser Ausgleich kann im Wege des gütlichen Vertrags oder im Wege des Rechtsstreits vor sich gehen. Was zunächst den ersteren Weg anlangt, so kann die Ausgleichung wiederum vor oder bei Realisierung des Grundschuldrechts geschehen. Soll sie vor Realisierung des Grundschuldrechts erfolgen, so kann dies nur durch Verzicht auf das Grundschuldrecht, soweit sein Betrag den Betrag der schuldrechtlichen Forderung übersteigt, und demgemäß durch Löschung des überschießenden Betrags bewirkt werden. Soll aber der gütliche Ausgleich bei Realisierung des Grundschuldrechts, die nur im Wege der Zwangsvollstreckung vorgenommen werden kann (§§ 1192, 1147 BGB.), erfolgen, so ergibt sich, wenigstens für den Fall der Zwangsversteigerung, die Schwierigkeit, daß gemäß §§ 91, 52 ZwVG. die Grundschuld, wenn sie nicht unter das geringste Gebot fällt, durch den Zuschlag erlischt. Dann bleibt aber nur das Recht auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse übrig, das, wie ich an anderer Stelle ausführlicher gezeigt habe,[1]) zwar keine privatrechtliche Form hat und weder dingliches Recht noch Anspruch im privatrechtlichen Sinne ist, unzweifelhaft aber besteht und Rechtswirkungen äußert, auch gepfändet werden kann; auf diesem Recht oder Rechtsgute, das nichts anderes ist, als der oben beschriebene, dem Grundschuldgläubiger zustehende Anteil am Tauschwerte des Grundstücks nach dem Erlöschen seiner dinglichen Erscheinungsform, ruht dann der prozessuale Anspruch gegen das Vollstreckungsgericht auf Auszahlung des Erlöses. Nun wird sich der allgemeine Satz aufstellen lassen, daß jedes Privatrecht und jede zivilistische Rechtsposition dem Verzichte zugänglich ist, soweit nicht besondere Vorschriften entgegenstehen. Es ist insbesondere schlechterdings nicht einzusehen, warum die Rechtsordnung einen Rechtsträger sollte verhindern wollen, auf die sich aus der erloschenen Grundschuld und dem in ihr enthalten gewesenen, weiter bestehenden Wertsrechte sich ergebenden Rechtswirkungen zu verzichten. Ein öffentliches Interesse steht einem solchen Verzicht keinesfalls entgegen. Hiernach kann wohl unbedenklich angenommen werden, daß ein die Wertsdifferenz zwischen schuldrechtlicher Forderung und Grundschuld beseitigender Verzicht auch noch nach dem Erlöschen der Grundschuld gültig vorgenommen werden kann. Daß auf einen solchen Verzicht der § 1168 BGB. nicht anwendbar ist, ergibt sich aus dem bisher Gesagten von selbst.

[1]) Seuff. Bl. 05 in einem der nächsten Hefte.

Wie stellt sich nun aber die Rechtslage dar, wenn der zur Ausgleichung erforderliche Verzicht nicht freiwillig erfolgt? Gefordert kann ein solcher Verzicht jedenfalls erst dann werden, wenn die Zwangsversteigerung eingeleitet ist; denn erst da kann sich zeigen, ob der Grundschuldberechtigte sich die Differenz zwischen seiner persönlichen Forderung und dem Nennwerte der Grundschuld zu Nutze machen will. Verzichtet er jetzt nicht auf das Grundschuld- bzw. das übrigbleibende Wertsrecht, indem er nur den Betrag seiner schuldrechtlichen Forderung zur Befriedigung liquidiert, so besteht die Gefahr, daß der überschießende Wert, der sich in dem betreffenden Teile des Erlöses verkörpert, ihm künftig ohne rechtlichen Grund zustehen bzw. in Geld zufallen werde. Der Rechtsbehelf hiegegen ist die condictio ob causam finitam; diese deshalb, weil das Zahlen des Versteigerungserlöses an den Grundschuldberechtigten nicht Befriedigung eines schuldrechtlichen Anspruchs ist (s. o.), sondern lediglich Umwandlung seines Tauschwertsanteiles in Geld, also nur Uebergang eines ihm schon zustehenden Rechts in einen andern „Aggregatzustand". Dieser Rechtsbehelf steht aber im Zweifel nicht dem Grundstücksschuldner zu; denn dieser hat ein Recht auf den Erlös bestenfalls an letzter Stelle, da ihm, wie oben gezeigt, keine Eigentümergrundschuld zuwächst. Vielmehr sind es die nachfolgenden Gläubiger, auf deren Kosten der Grundschuldberechtigte die Differenz ohne rechtlichen Grund behalten würde. Diese müssen demnach, wenn nicht der Grundschuldgläubiger, wie im Falle des Reichsgerichts, gutwillig verzichtet, den Bereicherungsanspruch geltend machen, was im Wege des Widerspruchs und der Widerspruchsklage zu erfolgen hat. Ist der Widerspruch rechtskräftig für begründet erklärt, so ist damit der Verzicht als abgegeben anzusehen.

Man wird nach alledem der Ansicht des Reichsgerichts, so befremdlich sie zunächst erscheint, zustimmen müssen.

## Mitteilungen aus der Praxis.

**Militärischer Diebstahl und Futtermittelentwendung.** Kanonier A des x[ten] Feldartillerie-Regiments entwendete aus dem Futterboden des y[ten] Feldartillerie-Regiments eine Quantität Heu und Stroh in der Absicht, das Heu zum Futter, das Stroh zur Streu, eventuell auch zugleich zum Futter der ihm zugewiesenen Dienstpferde seines Regiments zu ver-

wenden. Das Kriegsgericht verurteilte ihn wegen militärischen Verbrechens (es lag Rückfall vor) des Diebstahls im rechtlichen Zusammenflusse mit einer Uebertretung der Futtermittelentwendung. In dem Urteile war ausgeführt, daß bezüglich der Entwendung des Heus deshalb kein Diebstahl, sondern nur eine Uebertretung nach § 370 Ziff. 6 StGB. vorliege, weil das betreffende Heu nicht aus ärarialischen Beständen an die Batterie von der Garnisonverwaltung abgegeben, sondern von dem Batteriechef des y^ten Regiments aus derjenigen Bauschsumme beschafft war, welche ihm als Düngerfondsanteil — Erlös für den versteigerten Dünger — vom Regimente überwiesen worden war. Eigentümer des aus ärarialischen Mitteln beschafften, zum Füttern von Dienstpferden beschafften Heus sei nicht der Batteriechef, sondern das Aerar. Infolge der Identität des Eigentümers der Pferde, wie auch des Heus liege daher nur eine Uebertretung nach § 370 Ziff. 6 StGB. vor. Dagegen sei bezüglich der Entwendung des Strohs ein Diebstahl gegeben, da der Angeklagte dasselbe nicht als Futter, sondern als Streu verwenden wollte. — Das Oberkriegsgericht als Berufungsinstanz brachte die Uebertretung des § 370 Ziff. 6 in Wegfall und verurteilte den Angeklagten durchwegs wegen Diebstahls, weil der Batteriechef legitimierter Vertreter des Fiskus als Eigentümers des Heus und Strohs sei, daher nicht die von § 370 Ziff. 6 StGB. geforderte Identität des Eigentümers vorliege. Auch das Stroh bilde übrigens ein Futtermittel, da es der Angeklagte nach seiner glaubwürdigen Angabe nicht allein als Streu, sondern auch zum Füttern der Pferde habe verwenden wollen. In der Absicht, demgemäß als Eigentümer über Heu und Stroh eines anderen Truppenteils zu verfügen, liege die Absicht rechtswidriger Zueignung. Das Reichsmilitärgericht hob in seinem Urteile vom 17. Februar 1905 das oberkriegsgerichtliche Urteil nebst den ihm zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellungen auf und verwies die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung in die Berufungsinstanz zurück. In der Begründung führt das Reichsmilitärgericht aus: „Das oberkriegsgerichtliche Urteil beruht auf einer Verkennung der Begriffe „Eigentum" und „Gewahrsam". Letzterer ist ein rein tatsächliches Verhältnis ohne zivilrechtliche Grundlage. **Der Batteriechef hat lediglich den Gewahrsam an den Batteriebeständen, er ist deren Inhaber und verantwortlicher Verwalter** (Entsch. des Reichsmilitärgerichts I, 101; II, 96). Die Frage des **Eigentums** dagegen ist nach den einschlägigen zivilrechtlichen Bestimmungen zu beantworten. Die Beschaffung mit fiskalischen Mitteln erfolgt für den Militärfiskus. Die Abgabe der Gegenstände an die Batterie ist lediglich eine Besitzübertragung an den Batteriechef ohne Veränderung des Eigentumsrechts. Hieran ändert auch die Uebernahme in Selbstbewirtschaftung nichts, da letztere lediglich eine Vereinfachung der Verwaltung und eine Erzielung von Ersparnissen für die Truppe ist. Der von den im fiskalischen Eigentum stehenden Pferden anfallende Dünger ist ein Erzeugnis im Sinne der §§ 953 und 99 BGB. Eigentum des Fiskus ist daher auch das hieraus gelöste Geld und die mit diesem Geld gekaufte Sache (Heu) (§ 929 BGB.) Diese Geschäfte werden im Auftrage des Fiskus besorgt (§ 662 BGB.), welcher Auftrag sowohl durch ausdrückliche Erklärung als auch durch schlüssige Handlungen erteilt werden kann (§ 167 BGB.) und ist vorliegenden Falles durch Uebertragung und Uebernahme des Stalldüngers in Selbstbewirtschaftung geschehen. Die Batterie an sich ist keine juristische Person und daher nicht rechtsfähig, der Batteriechef auch mangels einer gesetzlichen Bestimmung nicht legitimierter Vertreter des Militärfiskus. Aber auch bei Vorliegen einer solchen legitimierten Vertretung würde an dem Eigentumsverhältnisse nichts geändert, da das Eigentum stets bei dem Vertretenen bleibt. — Ueberdies ist die Absicht der rechtswidrigen **Zueignung** nicht schon mit der Wegnahme der fremden Sache mit dem Willen, gleich dem Eigentümer darüber zu verfügen, gegeben. Diese Absicht wird bedingt durch den Willen, die Sache ihrer Substanz nach in das eigene Vermögen zu bringen und seinen Zwecken dienstbar zu machen" (Entsch. des Reichsmilitärgerichts III, 284). Das Reichsmilitärgericht erörtert sodann die Frage, ob „neben der Absicht der Verwendung einer Sache zum Nutzen des Eigentümers noch die Absicht der Zueignung bestehen könne", an der Hand der Entstehungsgeschichte des § 370 Ziff. 6 StGB. entsprechend dem § 349 Ziff. 7 des Pr. StGB. bei Schaffung der Novelle zum Pr. StGB. vom 30. Mai 1859. Als Unterscheidungsmerkmal wurde damals die „gewinnsüchtige Absicht" — z. B. Tantiemenbezug bei besserer Haltung und dadurch erhöhtem Werte des Viehs — bezeichnet. Da vorliegenden Falles eine gewinnsüchtige Absicht nicht gegeben sei, erscheine die Absicht der Zueignung im Sinne des § 242 StGB. ausgeschlossen. Das Interesse des Angeklagten an dem guten Aussehen der Dienstpferde begründe noch nicht einen Behelf für Feststellung der Zueignungsabsicht, sondern könne lediglich als Beweggrund der Wegnahme in Betracht kommen. — Das Reichsmilitärgericht verweist sodann auf die Notwendigkeit der neuerlichen Prüfung, ob bei Annahme der Absicht der Verfütterung des Strohs der Strafantrag den gesetzlichen Anforderungen entspricht, — was zu verneinen sein wird, da der Batteriechef weder der Verletzte noch der gesetzlich bestimmte Vertreter des Fiskus ist —, sowie ob nicht bei Annahme der Absicht der Verwendung des Strohs als Streu eine Verletzung des § 137 MStGB. (Beschädigung, Zerstörung, Preisgabe von Dienstgegenständen) gegeben sei. Auch diese Annahme dürfte mangels des hierauf gerichteten Vorsatzes des Angeklagten nicht gegeben sein. Das Oberkriegsgericht stellte demgemäß in seiner neuerlichen Verhandlung das Verfahren wegen Mangels eines rechtsgültigen Strafantrags bei Vorliegen einer Uebertretung der Futtermittelentwendung ein.

Kriegsgerichtsrat **Endres** in Würzburg.

---

**Kann ein auf unbestimmte Zeit geschlossener Dienstvertrag als von einem späteren Zeitpunkte ab nichtig angefochten werden?** Der Beklagte war seit November 1900 in einem Abzahlungsgeschäft als Einkassierer angestellt. Im April 1904 erfuhr sein Prinzipal, der Kläger, daß er seit Januar 1903 mit denselben Waren, wie Kläger, ein Abzahlungsgeschäft betrieb, worauf er sofort entlassen wurde. Kläger hat nun den Dienstvertrag als ab 1. Januar 1903 nichtig wegen arglistiger Täuschung angefochten: Er sei nur durch die arglistige Unterlassung der Mitteilung vom Betrieb des Konkurrenzgeschäftes zur Fortbeschäftigung des Beklagten bewogen worden und verlange deshalb den seit dieser Zeit gezahlten Lohn zurück. Zweifellos ist,

daß der Kläger gemäß §§ 60 ff. HGB. den Beklagten wegen der Verletzung des Konkurrenzverbotes sofort entlassen durfte und Schadensersatz geltend machen konnte. Richtig ist auch, daß in dem Unterlassen der Mitteilung von dem Betrieb eines Konkurrenzgeschäftes eine arglistige Täuschung enthalten ist, da der Handlungsgehilfe zum Betrieb eines solchen der Einwilligung des Prinzipals bedarf, also eine rechtliche Verpflichtung zur Mitteilung besteht (vgl. Rehbein BGB. Bd. I S. 148). Es kann deshalb Schadensersatz, nicht aber Rückgewähr des gezahlten Lohnes wegen nachfolgender Nichtigkeit des Anstellungsvertrages verlangt werden. Gemäß § 123 BGB. kann eine abgegebene Willenserklärung angefochten werden, wenn der Erklärende durch arglistige Täuschung zur Abgabe derselben bestimmt wurde. Nach dieser Bestimmung kann nicht eine Handlung, sondern nur eine Willenserklärung angefochten werden. Allerdings kann auch diejenige Willenserklärung angefochten werden, die nicht ausdrücklich in die Erscheinung getreten, sondern in einer Unterlassung enthalten ist; z. B. in der Nichtablehnung einer Bestellung eines Gasthofzimmers ist die Annahme des Antrags auf Bereithaltung eines Zimmers enthalten. Aber immer muß es ein wirklich kundgegebener Wille sein, der angefochten wird. In unserem Falle will der Kläger infolge der arglistigen Täuschung unterlassen haben, dem Beklagten zu kündigen. Es ist hier gar keine Willenserklärung vorhanden, auch nicht eine solche, die aus einer Unterlassung angenommen werden könnte. Denn das Rechtsverhältnis gründet sich nicht auf die unterlassene Kündigung, sondern auf den im Jahre 1900 rechtsgültig geschlossenen Anstellungsvertrag. Solange von einem Teile nicht gekündigt wird, besteht der Vertrag weiter, ohne daß es einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Willenserklärung bedürfte. In dem Unterlassen der Kündigung ist nicht eine positive Willenserklärung enthalten, sondern im Gegenteil: es ist eine unterlassene Willenserklärung. Eine Anfechtung der Unterlassung einer Willenserklärung gibt es aber nicht. Daß dieser Standpunkt der richtige ist, daher der Dienstvertrag bis zum Dienstaustritte des Beklagten völlig zu Recht bestand, ergibt sich auch aus den Bestimmungen des § 72 HGB. Dort ist als ein wichtiger Grund, der den Prinzipal zur Kündigung ohne Einhaltung der Kündigungsfrist berechtigt, unter anderem aufgeführt, daß der Handlungsgehilfe im Dienste untreu ist oder das Vertrauen mißbraucht oder die ihm nach § 60 HGB. obliegende Verpflichtung verletzt. Daraus erhellt, daß der Gesetzgeber voraussetzt, daß trotz der Uebertretung der Konkurrenzklausel (§ 60) der Dienstvertrag zu Recht besteht und daß dem Prinzipale nur durch einseitige Erklärung die sofortige Aufhebung des Vertrags eingeräumt ist.

Amtsrichter Dr. Stein in München.

**Zu §§ 817 Abs. IV und 827 Abs. II der CPO.** Der Gläubiger A. hatte bei dem Schuldner B. Mobiliarpfändung vornehmen lassen; die Pfandobjekte wurden später für den Gläubiger C. nachgepfändet. Einige Tage vor dem Versteigerungstermine teilte Rechtsanwalt D. der Gerichtsvollzieherei mit, sein Mandant A. werde bei der Versteigerung von der Befugnis des § 817 Abs. IV Gebrauch machen; daraufhin erwiderte die Gerichtsvollzieherei, für den Fall, daß der Nachpfändungsgläubiger C. Hinterlegung gemäß § 827 verlange, müsse auf Barzahlung des Versteigerungserlöses bestanden werden. Nun beantragte Rechtsanwalt D. unter Berufung auf § 766 bei dem Vollstreckungsgerichte, es wolle die Gerichtsvollzieherei angewiesen werden, bei der demnächst stattfindenden Versteigerung vom Erstpfänder nicht Barzahlung zu verlangen. Das Gericht wies diesen Antrag ab, weil die Einwendungen und Erinnerungen gemäß § 766 CPO. jeweils eine ganz bestimmte Vollstreckungshandlung des Gerichtsvollziehers, die als unrichtig oder ungesetzlich aufgehoben werden soll, voraussetzen, hier also erst dann das Vollstreckungsgericht angerufen werden könnte, wenn der Gerichtsvollzieher im Versteigerungstermine die Erteilung des Zuschlages verweigern würde, und weil auch in der Erklärung des Gläubigers, er mache von § 817 Abs. IV Gebrauch, nicht die Erteilung eines Vollstreckungsauftrages im Sinne des § 766 Abs. II erblickt werden kann; übrigens hielt das Gericht die Ansicht des Gerichtsvollziehers, daß auch der Erstpfänder den Versteigerungserlös bar erlegen müsse, wenn ein Nachpfänder Befriedigung außer der Reihe beansprucht (§ 827 Abs. II), materiell für richtig, weil in diesem Falle infolge der Konkurrenz mehrerer Gläubiger die Empfangnahme des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher nicht als Zahlung für einen einzelnen Gläubiger gelten würde, vielmehr das Pfändungspfandrecht sämtlicher Gläubiger fortdauert, daher auch eine Aufrechnung im Sinne des § 817 Abs. IV unzulässig ist (cf. Gaupp 5. Aufl. Anm. V zu § 817, Anm. V Ziff. 3 zu § 804, ebenso Petersen-Anger ebendort Anm. 5, bzw. Anm. 4 Abs. 3).

Amtsrichter Kempf in München.

**Fällt der Lehrvertrag unter § 22 KO.?** Der Lehrvertrag unterliegt der Bestimmung des § 22 KO., wenn er sich als ein Dienstverhältnis im Sinne dieser Bestimmung darstellt. Fällt er unter § 22 KO., so kann er von jedem Teil mit der gesetzlichen Kündigungsfrist gekündigt werden; eine gesetzliche Kündigungsfrist für das Lehrverhältnis gibt es aber nicht: § 77 HGB. Die alte KO. bot für solche Fälle in § 19 den Ausweg, daß in Ermanglung einer gesetzlichen oder ortsüblichen Kündigungsfrist das Konkursgericht auf Antrag des Kündigenden eine solche festzusetzen hatte; die neue KO. bietet keine solche Handhabe. Sie bedurfte derselben nicht, weil der Gesetzgeber nach den Motiven (II S. 85) sich auf den Standpunkt stellte, es liege ein Dienstverhältnis nicht vor. Diesen Standpunkt teilen Petersen-Kleinfeller (Anm. 1 zu § 22), Wilmowski-Kurlbaum (Anm. 4 zu § 22); er wird eingehend bekämpft von Jaeger (Anm. 7 zu § 22) unter Berufung auf Staub (HGB. Anm. 1 und 6 zu § 76), Lehmann-Ring, Dernburg, Düringer-Hachenburg und das Reichsoberhandelsgericht. Eine Entscheidung über die Frage ist meines Wissens noch nicht veröffentlicht. Das Landgericht Nürnberg hat nun mit folgender, auszugsweise mitgeteilter Begründung das Vorliegen eines Dienstverhältnisses verneint und den Anspruch des entlassenen Lehrlings gegen den Konkursverwalter auf Bezahlung der ihm vertragsmäßig zustehenden Vergütung als einer Masseschuld für unbegründet erachtet. (Urt. v. 21. Okt. 1904.) Das Urteil führt zunächst aus, dem Erstgericht müsse darin beigepflichtet werden, daß, wenn das Lehrverhältnis ein Dienstverhältnis nach § 22 KO. dar-

stelle, es beim Mangel einer gesetzlichen Kündigungsfrist nach Ablauf der Probezeit überhaupt nicht mehr gekündigt werden könne. Es müsse also der Lehrling, der z. B. 2 Monate in der Lehre sei und eine 3jährige Lehrzeit habe, trotz des Konkurses des Prinzipals auf Kosten der Gläubiger 2 Jahre 10 Monate lang seinen vollen Lohn erhalten, ohne daß er bei der Unmöglichkeit, ihn zu unterrichten und zu beschäftigen, zu irgend etwas verpflichtet sei (§ 615 BGB.). Das Landgericht erachtet eine solche Konsequenz, eine derartige Bevorzugung der Lehrlinge vor den Handlungsgehilfen für unhaltbar, auch der Erstrichter könne sie nur durch eine Gesetzeslücke erklären. Da aber die Schlußfolgerung des Erstrichters richtig sei, so müsse in der Voraussetzung, von der er ausgehe, der Annahme eines Dienstverhältnisses, der Fehler liegen.

Ich halte die von beiden Instanzen als richtig erachtete Schlußfolgerung aus § 22 KO. für nicht einwandfrei; es kann § 22 nicht anwendbar sein, um doch unanwendbar zu sein. Es stellt vielmehr § 22 KO. gegenüber dem § 77 HGB. einfach die spezielle Vorschrift auf, daß das allgemein unkündbare Lehrverhältnis im Konkurs gekündigt werden kann, und wo eine gesetzliche Kündigungsfrist nicht besteht, da muß eben die Kündigung, die doch das Gesetz generell zuläßt, ohne Kündigungsfrist erfolgen können. Ist man aber der Meinung, daß ein solcher Schluß ohne positiven Anhalt sei, so kann man jedenfalls annehmen, daß § 22 KO. nur von solchen Dienstverhältnissen handle, für die eine gesetzliche Kündigungsfrist überhaupt besteht, die also überhaupt gekündigt werden können, daß es also für gesetzlich unkündbare Dienstverhältnisse bei der allgemeinen Norm des § 17 KO. bewende. Doch es kann diese Frage dahingestellt bleiben, weil die angezogene Entscheidung m. E. ganz zutreffend im folgenden ausführt, daß der Lehrvertrag überhaupt kein Dienstverhältnis schaffe. „Es kann zugegeben werden, daß ein Lehrverhältnis, in dem der Lehrling für die von ihm zu leistenden Dienste eine Entlohnung zu beanspruchen hätte, nach dieser Richtung hin einem Dienstverhältnis sehr nahe oder gleich kommt. Allein hiedurch wird das innere Wesen des Verhältnisses nicht geändert, und auch die Untersuchung der Frage nicht erspart, welche Bedeutung der Entlohnung zukommt. Der Auffassung, daß der Lehrvertrag seinen Schwerpunkt in der Pflicht des Lehrlings zu fortdauernder Arbeitsleistung hat, ist entgegenzutreten. Sie erkennt nur die materiellen Interessen des Lehrherrn und dessen erwerbssüchtige Motive an und verwirft die ganze moralische und erzieherische Seite eines echten Lehrvertrags. Sie greift aus dem Lehrvertrage etwas Zufälliges und Nebensächliches heraus und wirft das Wesentliche über Bord. Sie nimmt Motive für den Inhalt des Vertrages. Der Lehrvertrag bezweckt die Erlernung eines Lebensberufes durch Anleitung und Unterweisung in der praktischen Betätigung (Dernburg, BGB. § 315 Bd. II S. 421). Das ist das Wesentliche und alles andere, ob der Lehrherr ein Lehrgeld erhält, ob der Lehrherr seine Entschädigung in den Diensten des Lehrlings zu erblicken hat und ob der Lehrherr dem Lehrling Bezüge an Naturalien oder an Bargeld anweist, ist zufällig und nebensächlich. Auf diesem Standpunkt stehen auch Planck, BGB., Cosack, BGB. und dieses Gesetzbuch selbst. Zwar kommt dies in dem Gesetze nicht besonders zum Ausdrucke, ja es wird in § 196 Ziff. 9 der Lohn des Lehrlings unter dem Sammelbegriffe „gewerblicher Arbeiter“ unmittelbar neben dem Lohn des Arbeiters oder Gehilfen genannt, aber wo von dem Lehrvertrage und dem Dienstvertrag oder vom Dienstverhältnisse die Rede ist, werden beide immer getrennt behandelt und besonders erwähnt, z. B. in § 1822 Ziff. 6 und 7 und § 1827 BGB. Daß der Lehrling Arbeiten und zwar wirtschaftlich verwertbare Arbeiten für seinen Meister macht, kann keine selbständige Bedeutung haben und deshalb nicht das Wesen und den Schwerpunkt des Lehrvertrages ausmachen. Um zu lehren, gibt der Meister dem Lehrling eine Arbeit und beaufsichtigt diese, damit sie trotz der Unkenntnis des Lehrlings ein brauchbares Resultat liefere; um zu lernen, muß der Lehrling arbeiten und aufpassen. Bekommt der Lehrling für seine Arbeit etwas, so ist das weniger ein Lohn für die insbesondere in der ersten Zeit wenig wertvolle Arbeit als eine liberale Unterstützung des Lehrlings. Daher besteht auch eine derartige Vergütung der Arbeiten des Lehrlings meist in der Beköstigung; die in größeren Städten übliche Vergütung in Geld wird allgemein als ein Taschengeld betrachtet (vgl. Staub, HGB. § 76 Anm. 10). Und eine solche Vergütung müßte der Konkursverwalter selbstverständlich auf Kosten der Gläubiger weiter bezahlen, obwohl der Lehrvertrag seiner Natur nach ein höchst persönliches Verhältnis begründet (Dernburg, Bürgerl. R. § 315 Bd. II S. 423) und dieses Verhältnis beim Verluste des Geschäftes mit dem ursprünglichen Lehrherrn tatsächlich gelöst ist und der Konkursverwalter nach dem Gesetze (Entsch. d. RG. Bd. 55 S. 266) gar nicht in der Lage ist, in dieses Verhältnis einzutreten. Ein solches Ergebnis würde eher für die Auffassung des beklagtischen Vertreters sprechen, daß der Konkurs für das Lehrverhältnis einen Grund zur sofortigen Auflösung bildet, selbst wenn es als Dienstverhältnis aufzufassen wäre. Wollte man nun auch nicht zugestehen, daß durch die obigen Darlegungen die Auffassung des Erstgerichts über die Natur des Lehrvertrags widerlegt ist, so würde man doch nicht bestreiten können, daß gegen diese Auffassung gewichtige innere Gründe und der Wortlaut des BGB. sprechen, daß also die erörterte Frage keineswegs eine allgemein befriedigende, unbedingt richtige Beantwortung finden kann. Man muß deshalb nach dem Willen des Gesetzes suchen und dieser ist in den Motiven der KO. ausdrücklich angegeben. Man mag über den Wert der Motive für die Auslegung des Gesetzes denken, wie man will, wenn man sonst feststehende, allgemein gültige Begriffe und Rechtsanschauungen hat; da aber, wo diese zweifelhaft sind, können und müssen die Motive zur Erforschung der Absicht des Gesetzgebers und zur praktischen Anwendung des Gesetzes herangezogen werden. Dieser Standpunkt der Motive hat seinen guten Grund in den besonderen Verhältnissen des Lehrlings. Dieser ist jung und mit seiner Arbeit noch wenig vertraut; für ihn sorgen in der Regel seine Eltern oder sein Vormund. Es ist deshalb kein Unglück für ihn, wenn der Konkurs seines Prinzipals ihn zwingt, eine andere Stelle oder eine andere Arbeit zu suchen. Der Lehrling bedarf demnach nicht vom Standpunkt des Verdienstes aus eines besonderen sozialen Schutzes auf Kosten der um ihr hingegebenes Geld und oft um ihr Dasein ringenden Gläubiger. Es ist deshalb für den Lehrvertrag nicht § 22, sondern § 17 KO. maßgebend.

Rechtsanwalt Dr. Aal in Nürnberg.

**Hat nach § 1654 BGB., § 92 GKG. der Vater die Prozeßkosten des Kindes auch dann zu tragen, wenn das Kind unfreies Vermögen überhaupt nicht besitzt?** Nach § 1654 BGB. hat der Vater und nach § 1686 auch die Mutter, wenn sie die elterliche Gewalt hat, die Kosten eines Rechtsstreits, der für das Kind geführt wird, zu tragen, sofern sie nicht dem freien Vermögen zur Last fallen. Die Kosten gehören zu den Lasten des der elterlichen Nutznießung unterliegenden Vermögens. Dieser Haftungsgrund wirkt auch kostenrechtlich im Rahmen des § 92 GKG. Durch diese Bestimmung wird neben den kostenrechtlichen Haftungsgründen der §§ 81—91 GKG. für die Staatskasse eine erweiterte Haftung vorbehalten. Diese hat in den Fällen des § 92 neben dem eigentlichen Schuldner nach den Normen des Gerichtskostengesetzes noch einen zweiten Schuldner auf Grund der Bestimmungen des Bürgerlichen Rechts und der CPO. Die Staatskasse hat dann die Wahl, von wem sie die Kosten einziehen will.[1] Trifft nun den Vater aus einem für das Kind geführten Rechtsstreit die Verpflichtung zur Zahlung der Gerichtskosten, wenn dieses nutznießungspflichtiges unfreies Vermögen nicht besitzt oder wenn die Nutzungen dieses Vermögens nicht zur Deckung ausreichen? In seinem Beschlusse vom 18. Februar 1903 hat das Kammergericht[2] ausgeführt, daß die Bestimmung des § 1654 offenbar voraussetze, daß das Kind Vermögen besitze und daß, wenn kein solches Vermögen vorhanden sei oder die Kinder nur freies Vermögen besäßen, davon nicht die Rede sein könne, daß der Vater Nutznießungslasten zu tragen habe. Demgegenüber hat das Oberlandesgericht Breslau im Beschlusse vom 15. Januar 1903 den Vater auch dann für kostenpflichtig erklärt, wenn das Kind unfreies Vermögen überhaupt nicht besitzt.[3] Das Oberlandesgericht hat hiebei erwogen, daß das Gesetz, wie die Motive ergeben, die Haftung des Vaters für die Lasten der elterlichen Nutznießung, die nicht aus der gesetzlichen Unterhaltspflicht — § 1610 BGB. —, sondern aus den vermögensrechtlichen Vorschriften der §§ 1654, 1660 BGB. entspringt, denselben Regeln unterworfen hat, welche für das Verhältnis zwischen Eheleuten nach dem gesetzlichen Güterstande gelten.[4] Darnach entspräche der § 1654 Satz 3 in dieser Hinsicht dem § 1387 Nr. 1 BGB. mit der Maßgabe, daß das nicht freie Vermögen des Kindes an die Stelle des eingebrachten Gutes und das freie Vermögen an die Stelle des Vorbehaltgutes trete. Und wie nach § 1387 BGB. der Mann grundsätzlich der Frau gegenüber verpflichtet sei, die Kosten eines von derselben geführten Rechtsstreits zu tragen,[5] so müsse dies folgerecht als allgemeiner Satz für das Verhältnis zwischen Vater und Kind gelten. Ebensowenig wie bei § 1387 Nr. 1 BGB. sei es im Falle des § 1654 Satz 3 BGB. Voraussetzung, daß tatsächlich bereits Vermögen vorhanden ist, aus dessen Nutzungen die Prozeßkosten bestritten werden könnten. Es sei vielmehr lediglich erforderlich, daß der Fall der gesetzlichen grundsätzlichen Nutznießung gegeben und das Kindsvermögen prinzipiell der Nutznießung des Vaters unterworfen sei. Diese Ansicht führt zu harten Konsequenzen. In der kostenrechtlichen Literatur wird sie von Reisenegger-Schmidt a. a. O. S. 166 ff. vertreten. Sie ist auch der Verordnung des Kgl. sächsischen Ministeriums der Justiz vom 26. Juni 1900 — JustMinBl. S. 60 —[1] zugrunde gelegt. Allein sie ist folgerichtig und gibt auch dann ein glattes Ergebnis, wenn die Nutzungen des unfreien Vermögens nicht oder nicht ganz zur Deckung der Gerichtskosten ausreichen. Würde in diesem Falle die Verpflichtung des Vaters zessieren oder eine verhältnismäßige Aufteilung erfahren? Das ist zu verneinen. Wie in der Literatur — Dr. Engelmann, Familienrecht in Staudingers Komm. z. BGB. II. Auflage § 1654 Anm. III und Planck-Unzner, Familienrecht § 1654 Anm. 3 — allgemein anerkannt ist, haftet der Gewalthaber, den nach §§ 1654, 1388 BGB. gegenüber den Gläubigern des Kindes die gesamtschuldnerische Haftung trifft, für die ihm obliegenden Lasten ohne Rücksicht auf deren Verhältnis zur Größe der Nutzungsrente. Die Verpflichtung des Gewalthabers ist unbedingt. Auch dies führt zur Bejahung der eingangs gestellten Frage. Der Gewalthaber, der die gerichtliche Tätigkeit für die Kinder in Anspruch nimmt, kann sich eventuell gegen die Kostenfolgen aus § 92 GKG. schützen, wenn er im gegebenen Falle für die von ihm vertretene Partei rechtzeitig das Armenrecht erwirkt.

Landgerichtsrat **Karl Meyer** in München.

---

[1] Wochinger, Prozeßgebührengesetze S. 127; v. Reisenegger-Schmidt, Gerichtskostengesetz, III. Aufl., 1905 S. 161; Pfafferoth, Gerichtskostenwesen, VIII. Aufl., S. 340 ff.

[2] Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Bd. 7 S. 73 und der dort auf S. 74 vermerkte Beschluß des Reichsgerichts v. 11. Mai 1903.

[3] Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit Bd. 4 S. 709.

[4] Mugdan, Materialien Bd. 4 S. 418.

[5] Reichsgericht in Civilsachen Bd. 47 S. 73 ff.

[1] Abgedruckt im wesentlichen Teil bei v. Reisenegger-Schmidt a. a. O. S. 164. Vgl. für die altrechtliche bayerische Praxis Beschluß des Obersten Landesgerichtes v. 20. März 1888 — Entsch. Bd. 12 S. 52 ff.

# Aus der Praxis der Gerichte.

## Reichsgericht.

### A. Zivilsachen.

I.

**Zu §§ 437, 438, 401 BGB. Der Zessionar, dem der Zedent für Güte und Einbringlichkeit der Forderung haftet, überträgt bei Weiterabtretung dieser Forderung nicht ohne weiteres auch seinen Anspruch auf Gewährleistung, kann diesen Anspruch jedoch gleichzeitig oder nachträglich an seinen Zessionar abtreten.** (Bayerischer Fall.)

Aus den Gründen: Daß die Zession der Forderung (hier Hypothek) nicht ohne weiteres den Gewährleistungsanspruch ergreift, entspricht der für das frühere gemeine und preußische Recht ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. Entsch. d. Ob. Trib. Bd. 65 S. 52 ff., Bd. 71 S. 31 ff., Jur. Wschr. 1896 S. 43 Nr. 66) und erscheint nach dem Wortlaute des § 401 BGB. zweifellos. Allein maßgebend für den Berufungsrichter ist die Zession von 1904 in Verbindung mit der von 1900. Er nimmt an, daß der Vater der Klägerin, wenn er auch durch die Zession von 1902 aufgehört habe, Gläubiger der Forderung zu sein, doch noch befugt gewesen sei, den vertraglichen Gewährleistungsanspruch auf die Klägerin zu übertragen. Die Revision läßt dahingestellt, ob eine solche



Uebertragung nach Abtretung der Forderung überhaupt möglich sei, bestreitet aber diese Möglichkeit für den Fall, daß die Regreßverbindlichkeit des ersten Zedenten bereits eingetreten ist. Allein dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Freilich geht mit der Abtretung einer Forderung das Gläubigerrecht des Abtretenden unter, aber nicht zugleich auch der ihm aus dem Vertrage mit seinem Zedenten erwachsene Anspruch auf Gewährleistung. Dieser hat selbständige Bedeutung, denn wenn der zweite Zedent auf Grund des Mangels, dessen Abwesenheit ihm gewährleistet worden war, von seinem Zessionar mit Erfolg in Anspruch genommen worden ist, kann er auf jenen Vertragsanspruch zurückgreifen, um sich an seinem Zedenten zu erholen. Daraus ergibt sich ohne weiteres, daß er seinen Anspruch auch, nachdem der Schaden in der Person seines Zessionars entstanden ist, auf diesen übertragen und ihn so in den Stand setzen kann, direkt gegen den ersten Zedenten vorzugehen. Alle diese Grundsätze sind in Entsch. RGZ. 39, 280 überzeugend dargetan. Damit fällt dann der einzige Angriff der Revision. (Urt. V 74/05 v. 25. März 1905.)

— — — r.

II.

**Zu §§ 274[1], 275, 301, 303 CPO.** Die Frage, welche Art von Urteil erlassen wurde, ist unabhängig von der der Entscheidung gegebenen Bezeichnung aus ihrem Inhalt zu beantworten.

Aus Tatbestand und Gründen: Gegen eine badische Lokalbahn war 1. auf Schadensersatz wegen Gebäudeerschütterungen, 2. auf Einrichtungen, wodurch Erschütterungen ꝛc. vermieden werden, geklagt. Der erste Richter gab beiden Klaganträgen statt, der Berufungsrichter hob zunächst durch „Zwischenurteil" die Verurteilung zu 2 wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges auf. Die Revision hiegegen wurde aus folgenden Erwägungen zurückgewiesen: Die Zulässigkeit der Revision ist nicht zu bezweifeln. Das Berufungsgericht bezeichnet zwar das von ihm erlassene Urteil als „Zwischenurteil"; in Wahrheit aber ist es kein Zwischen- sondern ein Teilurteil. Denn, indem der Berufungsrichter die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges für begründet erachtet, spricht er, soweit die Unzulässigkeit reicht, zugleich und notwendig aus, daß die Klage unzulässig sei, d. h. er weist insoweit die Klage ab. Daß dies nicht mit ausdrücklichen Worten geschehen, das Berufungsgericht die Formel des Urteils vielmehr dahin gefaßt hat, der betroffene Teil des Urteils erster Instanz werde „wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs aufgehoben", macht keinen Unterschied. Auch mit dieser Formulierung ist die Klage, soweit die Aufhebung des ersten Urteils erfolgt ist, abgewiesen. Daraus folgt aber zugleich, daß ein Teilurteil (über den zweiten Klagantrag) erlassen ist, was nach § 301 zulässig war .... Ist aber das Urteil ein Teilurteil, so ist auch die Revision zulässig. Daß der Berufungsrichter sein Urteil rechtlich nicht zutreffend charakterisiert hat, kommt hiebei nicht in Betracht; entscheidend ist, wie das Reichsgericht wiederholt ausgesprochen hat, daß sich der wahre Charakter des Urteils aus ihm selbst erkennen läßt. Diese rechtliche Urteilsnatur entscheidet, nicht die Auffassung des Berufungsgerichts. (Es wird nun ausgeführt, daß die Annahme der Unzulässigkeit des Rechtswegs, als auf badischem irrevisibeln Rechte beruhend, nicht anfechtbar sei.) (Urt. V 496/04 vom 1. April 1905.)

— — — r.

III.

**Anfechtung eines Vergleichs wegen arglistiger Täuschung.** Kläger hat als Erbe seiner Mutter mit dem Beklagten über die Herausgabe verschiedener Urkunden verhandelt, die Forderungen gegen den Beklagten betrafen. Schließlich erklärte sich Kläger gegen Zahlung von 900 Mark für abgefunden. In einem später entstandenen Rechtsstreit focht er diesen Vergleich wegen arglistiger Täuschung an. Das die Klage abweisende Urteil des Berufungsgerichts wurde vom Reichsgerichte bestätigt.

Aus den Gründen: Dem Oberlandesgericht ist darin beizupflichten, daß ein Vergleich wie andere Verträge wegen arglistiger Täuschung angefochten werden darf. Aber die weitere Ausführung, daß arglistige Täuschung hinsichtlich derjenigen streitigen und ungewissen Punkte, deren Beseitigung der Vergleich bezweckte, keinen Anfechtungsgrund bilden könne, ist rechtsirrig. Das Berufungsgericht stellt zu Unrecht Täuschung und Irrtum auf die gleiche Stufe. Das Urteil des preußischen Obertribunals vom 10. Oktober 1870 (Striethorst, Arch. Bd. 79 S. 267) spricht für das Preußische Recht aus, ein Vergleich könne nicht wegen Irrtums in den Punkten angefochten werden, welche den eigentlichen Gegenstand des Vergleichs als solchen bilden, deren Ungewißheit eben der Anlaß des Vergleichs war. Dieser Grundsatz hat auch für das Recht des BGB. zu gelten; allein daraus folgt nicht, daß das nämliche für die Anfechtung eines Vergleichs wegen arglistiger Täuschung gilt. Zwar handelt es sich auch hier um einen Irrtum, aber um einen durch Täuschung erregten und dieser Unterschied ist nicht unwesentlich. (Es wird dann weiter ausgeführt, daß sich das Urteil des Berufungsgerichts gleichwohl aus anderen Gründen als richtig darstellt.) (Urt. des IV. C.-S. vom 2. März 1905.)

—n.

IV.

**Zustellungen in Ehesachen.** Das Landgericht A. hat am 12. Oktober 1903 die Ehe der Parteien geschieden, beide Teile für schuldig erklärt und die Kosten gegen einander aufgehoben. Auf die Berufung der Klägerin im Schuld- und Kostenpunkte hat das Oberlandesgericht A. die Widerklage abgewiesen, den Beklagten für allein schuldig erklärt und ihm die Kosten auferlegt. Gegen das im Parteiauftrag am 28. September 1904, von Amts wegen am 22. Februar 1905 zugestellte Urteil legte der Beklagte durch einen am 27. Oktober 1904 beim Obersten Landesgericht eingereichten Schriftsatz Revision ein. Diese wurde als wirkungslos zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Das Urteil des Berufungsgerichts war nach § 625 CPO. von Amts wegen zuzustellen. Wenn auch der Berufungsantrag nur den Schuld- und Kostenpunkt betraf, so wurde doch die Rechtskraft völlig gehemmt, also auch insoweit, als auf Scheidung erkannt ist. (Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 58 S. 313.) Die in früheren Entscheidungen des Senats vertretene Ansicht, daß die Zustellung durch die Parteien zu bewirken sei, wenn das Berufungsurteil nur noch die Schuldfrage betreffe (Jur. Wschr. 1885 S. 244, 1897 S. 4), ist schon im Urteile vom 17. März 1904 (Jur. Wschr. 1904 S. 235) aufgegeben worden. Hiernach ist die im Parteibetrieb erfolgte Zustellung bedeutungslos und die vor der wirksamen Zustellung von Amts wegen liegende Einreichung der Revision nach § 552 Abs. 2 CPO. wirkungslos. (Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 4 S. 414.) (Urt. des IV. C.-S. vom 2. März 1905.)

—.n

## B. Strafsachen.

I.

**Zu §§ 198, 205, 237, 250, 266, 273 StPO.** 1. Die wörtliche Uebernahme des Inhalts der Anklageschrift in den Eröffnungsbeschluß begründet um so weniger einen prozessualen Verstoß, als in den §§ 198, 205 StPO. in gleicher Weise Bezeichnung der Tat unter Hervorhebung ihrer gesetzlichen Merkmale und des anzuwendenden Strafgesetzes verlangt ist.

Es genügt nicht, im Eröffnungsbeschluß die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale lediglich mit den Worten des Gesetzes anzuführen, sondern es bedarf auch einer Bezeichnung der Tat durch Darstellung der Vorgänge, in denen sie erblickt wird. Die Grenzen der hiernach erforderlichen Spezialisierung unterliegen der tatsächlichen Würdigung des Einzelfalles. Eine Abänderung des Inhalts des Eröffnungsbeschlusses auf Antrag kennt das Gesetz nicht.

2. Die Verlesung von Briefen durch den Angeklagten und durch einen Zeugen statt durch den Vorsitzenden verstößt nicht gegen § 237 StPO. Wenn die Verlesung von Briefen, welche Gegenstand der Vernehmung eines Zeugen waren, dem Angeklagten bei Ausübung des ihm nach § 256 StPO. eingeräumten Rechts, sich auf die Aussagen des Zeugen zu erklären, gestattet wurde, so kann dies nicht als ein vom Gerichte gewollter Akt der Beweiserhebung im Sinne des § 248 StPO. angesehen werden. Letzteres gilt auch, wenn die Verlesung von Briefen einem Zeugen gestattet wird; dieselbe kann zunächst nur als Bestandteil der Aussage des Zeugen erachtet werden; wenn dann im Urteil Feststellungen auf die Aussage des Zeugen und den Inhalt des von ihm verlesenen Briefes gestützt werden, so ist darin nicht eine selbstständige Verwertung des Briefes als eines urkundlichen Beweismittels zu erblicken, sondern es ist damit der von dem Zeugen durch Verlesen bekannt gegebene Inhalt des Briefes nur als Bestandteil der Aussage des Zeugen gewürdigt. Es steht aber auch nichts im Wege, Briefe, die vorher von keiner Seite als Beweismittel bezeichnet wurden, als selbständige Beweismittel zu behandeln und durch den Vorsitzenden zur Verlesung zu bringen.

3. Durch § 250 Abs. 3 StPO. ist nur die Verkündigung des **Grundes** der Verlesung der Aussagen kommissarisch vernommener Zeugen vorgeschrieben und nur eine Bemerkung darüber, ob die Beeidigung der vernommenen Zeugen stattgefunden hat; dieser letzteren Bestimmung ist genügt, wenn die verlesenen Protokolle die erforderliche Bemerkung über die Beeidigung der Zeugen enthalten und diese Bemerkung mit verlesen wurde.

4. In der Feststellung der Absicht des Angeklagten, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil durch Betrug zu verschaffen, liegt von selbst die Feststellung des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit. Eine Verletzung des § 266 Abs. 2 StPO. liegt daher nicht vor, wenn im Urteil nur jene Absicht festgestellt wird, obwohl der Angeklagte ausdrücklich das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit bestritt.

5. Durch § 266 StPO. ist dem Richter nicht die Pflicht auferlegt, sich im Urteil über die Beweismittel und deren Ergebnis im einzelnen auszusprechen. Bindend ist nur die Angabe der für erwiesen erachteten Tatsachen vorgeschrieben, in welchen die gesetzlichen Merkmale der strafbaren Handlung gefunden werden. Beweistatsachen „sollen" angegeben werden; insoweit besteht also nur eine Ordnungsvorschrift, deren Nichtbefolgung die Revision nicht zu begründen vermag; Ausführungen über die einzelnen Beweismittel sind überhaupt nicht vorgeschrieben.

6. Wenn im Sitzungsprotokoll die Personalien eines Zeugen fehlen und wenn die tatsächlich erfolgte Vernehmung eines Zeugen im Sitzungsprotokoll überhaupt nicht erwähnt wurde, also auch die Konstatierung fehlt, ob er beeidigt und vor der Beeidigung über die Bedeutung des Eides belehrt wurde, so begründen diese Mängel des Sitzungsprotokolles (§ 273 StPO.) nicht die Revision; denn das Urteil beruht nicht auf der Fassung des Sitzungsprotokolles sondern auf dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung.

7. Daß ein Zeuge erst nach erfolgter Beeidigung und Angabe seiner Personalien über die Bedeutung des Eides belehrt wurde, bildet keinen Revisionsgrund. Die Hinweisung im Sinne des § 59 StPO. bildet keinen Bestandteil der Beeidigung im Sinne des § 60 StPO.; ihre Unterlassung hat daher keinen Einfluß auf die rechtliche Wirksamkeit des Eides (Urt. vom 6. März 1905).

Mitgeteilt von Landgerichtsrat Keidel in München.

II.

**Zu §§ 340, 386II StPO.** Dem Ehemanne einer beschuldigten Frau ist zwar durch § 340 StPO. das Recht eingeräumt, binnen der für die Beschuldigte laufenden Frist selbständig von den zulässigen Rechtsmitteln Gebrauch zu machen, also insbesondere auch gegen ein Urteil Revision einzulegen, ein Antrag nach § 386II StPO. ist aber kein Rechtsmittel im Sinne des § 340 StPO., sondern nur ein durch besondere Vorschrift zum Verfahren über das Rechtsmittel der Revision vorgesehener Rechtsbehelf, zu dessen Gebrauch nach Wortlaut und Sinn des Gesetzes nur „der Beschwerdeführer" berechtigt erscheint, d. h. derjenige, welcher das Rechtsmittel der Revision eingelegt hat. Ist dies durch die Ehefrau selbst und allein geschehen, so ist also der Ehemann nicht befugt, selbständig gemäß § 386II StPO. auf die Entscheidung des Revisionsgerichts anzutragen. (Beschl. des I. StrS. v. 23. März 1905.) —i—.

III.

**Können Gegenstände, welche zur Begehung eines in Ausführung begriffenen Fortsetzungsdelikts bestimmt sind, eingezogen werden?** (§ 40 StGB.) Bei einer Haussuchung waren eben erst gefertigte, noch nicht verwendete Drahtschlingen (gleich anderen bereits verwendeten zum Einfangen von Hasen bestimmt), sowie zur Herstellung der Schlingen dienlicher Spagat gefunden worden. Neben Verurteilung wegen fortgesetzten und gleichzeitig gewerbsmäßigen Wilderns war auf Einziehung dieser Gegenstände erkannt worden.

Aus den Gründen des Revisionsurteils: „Der Erstrichter hat offensichtlich die Einziehung nicht auf § 295, sondern auf § 40 StGB. stützen wollen, annehmend, daß die Gegenstände zur Fortsetzung der Jagdausübung des Angeklagten bestimmt gewesen sind. In diesem Sinne ist die Anordnung der Einziehung nicht zu beanstanden, da es sich nicht um eine Bestimmung der Gegenstände lediglich zur Ausübung einer künftigen, in ihrer objektiven Gestaltung noch nicht individualisierten Jagdtätigkeit gehandelt hat, sondern die Gegenstände zur Verübung des noch in der Ausführung begriffenen, in einzelnen Ausführungsakten bereits verwirklichten, aber noch nicht beendeten konkreten Fortsetzungsdelikts dienen sollten. Die Entscheidung des erkennenden Senats vom 20. Mai 1895, abgedruckt in Bd. 27 S. 243 der Entsch. d. Reichsger., steht dem nicht entgegen, denn dort stand ausschließlich gewerbsmäßige Jagdausübung in Frage und das Bestimmtsein der Gegenstände zur Begehung künftiger, in ihrer besonderen Gestaltung noch völlig unbestimmter und in keiner Weise äußerlich verwirklichter Jagdhandlungen." (Urteil des I. StS. vom 30. März 1905, D. 3787/04.)

B.

## Oberstes Landesgericht.

**Bei einer Genossenschaft mit beschränkter Haftung hat im Falle der Uebertragung des Geschäftsguthabens eines ausscheidenden Genossen an einen Anderen, welcher der Genossenschaft beitritt und auf mehr als einen Geschäftsanteil beteiligt sein will, der Vorstand die in § 137 Abs. 2 des Genossensch.G. vorgeschriebene Versicherung abzugeben.** Der Vorstand der B.schen Bank e.G.m.b.H. in M. hat dem Amtsgerichte München I eine größere Anzahl von schriftlichen Uebereinkünften, in denen ausscheidende Genossen, die auf mehrere Ge-

schäftsanteile beteiligt waren, ihre Geschäftsguthaben auf Personen übertrugen, die noch nicht Genossen waren, von Beitrittserklärungen der Erwerber, die an Stelle der Ausscheidenden Genossen werden wollten, und von Erklärungen der Beitretenden, auf ebensoviele weitere Geschäftsanteile beteiligt sein zu wollen wie der Genosse hatte, dessen Geschäftsguthaben sie erwarben, zur Liste der Genossen eingereicht. Das Amtsgericht lehnte die Eintragung unter Bezugnahme auf die §§ 136, 137 des Genossensch.G. ab, weil die schriftliche Versicherung des Genossenschaftsvorstandes fehle, daß die dem letzten Anteile vorangehenden Geschäftsanteile des Erwerbers des Geschäftsguthabens erreicht seien. Die Bank legte Beschwerde ein, die sie damit begründete, daß die nach § 137 Abs. 2 des Gesetzes erforderliche Versicherung des Vorstands schon bei der Einreichung der Beteiligungserklärung des übertragenden Genossen abgegeben worden und bei der Uebertragung des Geschäftsguthabens auf einen Erwerber, der noch nicht Genosse ist, eine Versicherung überhaupt nicht abzugeben sei, weil neue Geschäftsanteile nicht gebildet würden. Die Beschwerde hatte keinen Erfolg. Zur Begründung der von ihr eingelegten weiteren Beschwerde machte die Bank geltend, die Zulässigkeit der Uebertragung eines Geschäftsguthabens und der mit ihm zusammenhängenden Geschäftsanteile sei nicht davon abhängig, daß das Guthaben nicht durch Verluste vermindert ist und die dem letzten vorangehenden Geschäftsanteile noch erreicht sind; insbesondere bestimme auch § 138 des Gesetzes für die Uebertragung auf einen anderen Genossen kein weiteres Erfordernis, die Verweisung auf den § 137 beziehe sich nur auf die Form der von dem Erwerber abzugebenden Erklärung, die Einreichung und die Wirkung der Eintragung. Die im § 137 Abs. 2 vorgeschriebene Versicherung des Vorstandes sei, wie die Begründung zu dem Entwurfe des Gesetzes entnehmen lasse, nur dann nötig, wenn zu den bisherigen Geschäftsanteilen ein neuer erworben werden solle. Bei der Uebertragung von Geschäftsguthaben auf Personen, die noch nicht Genossen sind, komme nur der § 76 des Gesetzes in Betracht, der die von den Vorinstanzen verlangte Versicherung nicht vorschreibe, der Erwerber habe keine Einzahlung zu machen, er trete als Genosse und Forderungsberechtigter an die Stelle des Ausscheidenden. Auch die weitere Beschwerde wurde zurückgewiesen aus folgenden *Gründen*: Die Ausführungen der Beschwerdeführerin beruhen auf der irrigen Annahme, daß durch die Uebertragung des Geschäftsguthabens eines ausscheidenden Genossen die Geschäftsanteile, auf welche der ausscheidende Genosse beteiligt ist, auf den Erwerber übergehen. Bei den Genossenschaften ist die Mitgliedschaft nicht, wie bei der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, übertragbar, die Mitgliedschaft des ausscheidenden Genossen erlischt, die Geschäftsanteile, auf die er beteiligt war, bestehen nicht mehr, er kann nur sein Geschäftsguthaben auf einen anderen Genossen oder auf eine Person, die an seiner Stelle Genosse wird, übertragen. Ist der Erwerber schon Genosse, so wird der Betrag des auf ihn übertragenen Geschäftsguthabens seinem bisherigen Guthaben zugeschrieben (§ 76 Abs. 1, 2), ist er noch nicht Genosse, so muß er der Genossenschaft geradeso beitreten, wie derjenige, der Genosse werden will, ohne das Geschäftsguthaben eines ausscheidenden Genossen zu erwerben, und entsteht mit seiner Mitgliedschaft für ihn ein neuer Geschäftsanteil. Der Betrag des erworbenen Geschäftsguthabens gilt als Einzahlung auf den Geschäftsanteil (§ 7 Nr. 2 Genossensch.G.). Bei den Genossenschaften, bei welchen jeder Genosse nur einen Geschäftsanteil hat, muß im Falle der Uebertragung des Geschäftsguthabens eines ausscheidenden Genossen auf einen anderen Genossen der Vorstand nach § 76 Abs. 2 die schriftliche Versicherung abgeben, daß dessen bisheriges Guthaben mit dem zuzuschreibenden Betrage den in der Satzung bestimmten Geschäftsanteil nicht übersteigt, bei einer Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht, bei der gemäß § 134 Genossensch.G. die Beteiligung des Genossen auf mehrere Geschäftsanteile unter Festsetzung einer Höchstzahl gestattet ist, ist die Versicherung nach § 138 Genossensch.G. darauf zu richten, daß das bisherige Guthaben des erwerbenden Genossen mit dem ihm zuzuschreibenden Betrage die der höchsten Zahl der Geschäftsanteile entsprechende Gesamtsumme nicht übersteigt. Das bisherige Guthaben und der zuzuschreibende Betrag werden zu einem einheitlichen Betrage verbunden, sie bilden fortan das Geschäftsguthaben des erwerbenden Genossen. Dieser hat bei einer Genossenschaft, bei der nicht die Beteiligung auf mehrere Geschäftsanteile gestattet ist, nur seinen bisherigen Geschäftsanteil, bei einer Genossenschaft, bei der eine solche Beteiligung stattfindet, muß er, wenn sein Geschäftsguthaben durch die Zuschreibung sich über den vollen Betrag seiner bisherigen Geschäftsanteile erhöht, gemäß § 137 Abs. 1 Genossensch.G. erklären, daß er auf die dem Ueberschuß entsprechende Zahl von weiteren Geschäftsanteilen beteiligt sein wolle.[1]) Die Beteiligung auf einen weiteren Geschäftsanteil darf nach § 136 Genossensch.G. nicht zugelassen werden, bevor die übrigen Geschäftsanteile erreicht sind, und der Vorstand muß nach § 137 Abs. 2 Genossensch.G. bei der Einreichung der Erklärung des Genossen schriftlich versichern, daß dies der Fall ist. Der erwerbende Genosse kann sich daher nur auf so viele Geschäftsanteile beteiligen, daß er um einen mehr hat, als die Zahl der Geschäftsanteile beträgt, die sein gesamtes Geschäftsguthaben erreicht, war er z. B. bisher auf zwei Geschäftsanteile beteiligt und bei dem einen nur die Hälfte des vollen Betrags erreicht, so kann er, wenn er das Geschäftsguthaben eines gleichfalls auf zwei Geschäftsanteile beteiligt gewesenen Genossen erwirbt und bei dem einen von dessen Geschäftsanteilen nur ein Drittel des vollen Betrags erreicht war, sich nur auf einen weiteren Geschäftsanteil beteiligen, weil durch sein gesamtes Geschäftsguthaben nur zwei Geschäftsanteile erreicht sind. Hiemit übereinstimmend bemerkt die Begründung des Entwurfes zu § 119 (138): „soweit die Zuschreibung der übertragenen Guthaben die Bildung neuer Geschäftsanteile für den Erwerber nötig macht, bedarf es auch der im § 118 (137) vorgesehenen schriftlichen Erklärung desselben und der daselbst bezeichneten schriftlichen Versicherung des Vorstands.“ Das Bedenken, welches Parisius-Crüger (Genossensch.G. 4. Aufl., Erl. 3 zu § 76, S. 424) gegen die Möglichkeit der Versicherung des Vorstandes nach § 137 Abs. 2 in solchen Fällen erhebt, ist nicht stichhaltig; denn die Versicherung des Vorstands ist dahin abzugeben, daß durch die Zuschreibung des übertragenen Guthabens die übrigen Geschäftsanteile des Genossen erreicht werden. Der Erwerb des Geschäftsguthabens eines ausscheidenden Genossen durch eine Person, die erst Genosse werden will, hat keine andere rechtliche Bedeutung als der Erwerb seitens eines Genossen. Auch in diesem Falle bildet der Betrag des erworbenen Geschäftsguthabens, das als ein einheitlicher Betrag auf den Erwerber übergeht, fortan das Geschäftsguthaben des neuen Genossen. Uebersteigt er den Betrag eines Geschäftsanteils, so muß der neue Genosse gemäß § 137 Abs. 1 erklären, daß er sich auf die nach § 136 zu berechnende Zahl weiterer Geschäftsanteile beteiligen wolle. Die Zahl der Geschäftsanteile, auf die sich der

---

[1]) Grundsätzlich ist der Erwerb mehrerer Geschäftsanteile ein *sukzessiver*. Es kann jedoch sowohl ein neu beitretender als auch ein bereits eingetragener Genosse *gleichzeitig* zur Beteiligung auf mehrere weitere Geschäftsanteile zugelassen werden, sofern sämtliche in Betracht kommenden Geschäftsanteile mit Ausnahme des letzten voll bezahlt sind (vgl. den Beschluß des Kammergerichtes vom 2. April 1900, Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechtes, zusammengestellt im Reichsjustizamt Bd. I S. 7 ff.).

neue Genosse beteiligt, ist dann nicht die gleiche wie die Zahl der Geschäftsanteile, auf die der ausscheidende Genosse beteiligt war, wenn der Betrag des Geschäftsguthabens sich durch Verluste vermindert hat. War der ausscheidende Genosse auf vier Geschäftsanteile beteiligt und der vierte nicht erreicht, so kann der neue Genosse, wenn das Geschäftsguthaben sich um die Hälfte vermindert hat, sich nur auf zwei Geschäftsanteile beteiligen, weil sein Geschäftsguthaben nur einen Geschäftsanteil erreicht. Die im § 137 Abs. 2 vorgeschriebene Versicherung des Vorstandes ist deswegen auch in diesem Falle erforderlich, es muß festgestellt werden, daß das erworbene Geschäftsguthaben für die Beteiligung auf die in der Erklärung des Erwerbers angegebene Zahl von Geschäftsanteilen genügt. (Beschl. I C.-S. Reg. III 16/1905 vom 17. März 1905.)

Mitgeteilt von E. Yblagger, Rat am Obersten Landesgerichte.

## Oberlandesgericht Bamberg.

**Inwieweit können vor dem 1. Januar 1900 entstandene Tatsachen zur Begründung einer Ehescheidungsklage benützt werden, wenn nach bisherigem Rechte bereits Urteile auf zeitweilige Trennung von Tisch und Bett vorliegen?** (§§ 1568, 1571, 1573 BGB. Art. 201 EG. z. BGB.) Im Oktober 1890 wurden zwei Ehegatten auf die vom Ehemanne erhobene Scheidungsklage hin durch Urteil auf 5 Jahre von Tisch und Bett getrennt. Nach Ablauf dieser Frist stellte der Ehemann wiederholt Scheidungsklage, worauf am 21. Mai 1897 ein weiteres Urteil auf Trennung von Tisch und Bett für die gleiche Zeit von 5 Jahren erging. Im Jahre 1903 klagte der Mann zum 3. Mal auf Ehescheidung. In diesem Rechtsstreite wurden zur Begründung der Klage auch verschiedene vor dem 1. Januar 1900 entstandene Tatsachen geltend gemacht, was aber von der Beklagten als unstatthaft bezeichnet wurde. Das OLG. führte hierüber in seinem Urteile aus: „Die Klage stützt sich auf § 1568 BGB.; hienach kann ein Ehegatte auf Scheidung klagen, wenn der andere Ehegatte durch schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten oder durch ehrloses oder unsittliches Verhalten eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses verschuldet hat, daß dem klagenden Ehegatten die Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden kann. Es handelt sich hier um sog. relative Scheidungsgründe, um Tatbestände, bei welchen vom Richter mit Rücksicht auf die Bildung, die äußere Stellung, den Charakter und die Persönlichkeit der Ehegatten zu ermessen ist, ob gewisse Handlungen, die unter Umständen geeignet sind, das eheliche Verhältnis unhaltbar zu machen, auch im einzelnen Falle diese Wirkung haben werden (Mot. z. BGB. Bd. 4 S. 574; Staudinger, Kom. z. BGB., 1. Aufl. Vorbem. zu § 1564 Ziff. 2; Endemann, Lehrb. d. BR. Bd. 2 S. 681 Note 37). Im vorliegenden Falle wird der Beklagten ein ehrloses oder unsittliches Verhalten nicht vorgeworfen, sondern nur schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten. Das Gesetz enthält hierüber nähere Angaben nicht, sondern gibt es dem Richter anheim, unter Würdigung aller Umstände des einzelnen Falles und unter Berücksichtigung des Wesens der Ehe nach seinem Ermessen zu entscheiden. Rechtswidrige Bedrohungen, Beschimpfungen und Verleumdungen sind in der Regel als schwere Verletzungen der durch die Ehe begründeten Pflichten zu erachten. (Staudinger a. a. O. §1568 Ziff. 2 b; Planck, Kom. z. BGB., 3. Aufl. § 1568 Ziff. 1 Abs. 2; Jur.Wschr. 1901 S. 242). Auf Verletzungen dieser Art ist die vorwürfige Klage gestützt. Da auch unter Widerspruch der Beklagten vom Kläger Handlungen, welche vor dem 1. Januar 1900 begangen worden sind, zur Begründung der Klage herangezogen werden, ist zu prüfen, inwieweit dies zulässig ist. Vom Inkrafttreten des BGB. an erfolgt die Scheidung nach dessen Vorschriften; hat sich aber ein Ehegatte vorher einer Verfehlung nach §§ 1565—1568 BGB. schuldig gemacht, so kann auf Scheidung nur erkannt werden, wenn die Verfehlung auch nach den bisherigen Gesetzen ein Scheidungs- oder Trennungsgrund war — Art. 201 EG. z. BGB. Demnach können auch vor dem 1. Januar 1900 entstandene Tatsachen, welche nach bisherigem Recht wenigstens die zeitweilige Trennung von Tisch und Bett begründet haben würden als Scheidungsgründe nach diesem Zeitpunkt wirksam werden, sofern es sich um Verfehlungen nach §§ 1565—1568 BGB. handelt (Staudinger a. a. O. Art. 201 EG. z. BGB. Ziff. II c; Planck a. a. O. Art. 201 EG. z. BGB. Ziff. 2 a). Da im gegenwärtigen Falle bezüglich der vor dem 1. Januar 1900 geschehenen Verfehlungen der Beklagten zwei rechtskräftige Urteile auf Trennung der Streitsteile auf je 5 Jahre vorliegen, fragt es sich weiter, ob und inwieweit diese früheren Tatbestände als selbständige Klagegründe oder doch als Unterstützungsbehelfe in Betracht gezogen werden können.

Als selbständige Klagegründe scheiden zunächst alle vor 10 Jahren vom Tage der Klagezustellung an rückwärts begangenen Verfehlungen aus, da wegen dieser nach § 1571 Abs. 1 Satz 2 BGB. die Scheidungsklage ausgeschlossen ist, ferner aber auch alle bis zur Erlassung des Urteils vom 21. Mai 1897 vorgekommenen Pflichtverletzungen, da sie bereits urteilsmäßig für die Klagen auf zeitweilige Trennung verwertet, also verbraucht sind und als res judicata nicht mehr zum Klagegrund für eine neue, auf dauernde Trennung gerichtete Klage dienen können. Letzteres ergibt sich auch aus dem Zwecke der zeitlichen Trennung der Ehegatten, nämlich daß der schuldige Teil in sich gehe, seine Fehler nicht nur erkenne, sondern auch ablege und dem anderen Teile deutliche Beweise seiner Besserung gebe. Wird dieser Zweck erreicht, so ist der andere Teil verpflichtet, nach Ablauf der Trennungsperiode die eheliche Gemeinschaft wieder herzustellen. Sonach ist der nichtschuldige Ehegatte nur dann zur Erhebung einer neuen Klage u. zwar jetzt nach Vorschrift des BGB. auf Scheidung berechtigt, wenn der schuldige Teil während oder nach der Trennungsfrist neue Verfehlungen begangen hat (Seuff. A. Bd. 43 Nr. 27; Bd. 46 Nr. 265). Der maßgebende Zeitpunkt ist hier der 21. Mai 1897. Alle vorhergehenden, bereits durch Aburteilung gesühnten oder durch Zeitablauf nach § 1571 BGB. ausgeschlossenen Verfehlungen können aber nach § 1573 a. a. O. doch noch zur Unterstützung der auf andere neue Tatsachen gegründeten Scheidungsklage geltend gemacht werden. Daß die als Unterstützungsbehelfe herangezogenen früheren Verfehlungen sich vor dem Inkrafttreten des BGB. ereignet haben, ist gleichgültig; der Art. 201 EG. z. BGB. kommt hier nicht in Betracht (Planck a. a. O. § 1573; Jur.Wschr. 1903 S. 88). Diese früheren Verfehlungen sind nur verwertbar, wenn neue selbständige Scheidungsgründe vorliegen; erstere dienen nur dazu, letztere ins rechte Licht zu setzen. Zur richtigen Würdigung der gegenwärtigen ehelichen Verhältnisse der Streitteile ist es notwendig, die frühere Sinnesart des beklagten Ehegatten, sowie die Art und Weise der vorausgegangenen Störungen des gemeinsamen ehelichen Lebens in Betracht zu ziehen. Es ist also zu entscheiden, ob auf Grund der von der Beklagten seit dem 21. Mai 1897 begangenen Verfehlungen für sich allein oder unter Berücksichtigung auch der vorher verübten Pflichtverletzungen eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses besteht, daß dem Kläger die Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden kann und daß diese Zerrüttung durch die Schuld der Beklagten entstanden ist." (Urteil I. C.-S. vom 4. März 1905).

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Schäfer in Bamberg.



## Oberlandesgericht Nürnberg.

**Ueber Erfüllungsort und Leistung Zug um Zug.** Kläger Sch. in B. hat den in M. wohnhaften Beklagten B. auf Zahlung des Kaufpreises für Latten, die Kläger zu den vom Beklagten übernommenen Schieferdeckerarbeiten für den Kirchenbau in W. geliefert hatte, vor dem Landgericht W. belangt. Der Beklagte wendete unter Verweigerung der Einlassung zur Hauptsache die örtliche Unzuständigkeit des Gerichts ein. Das Landgericht erachtete die Einrede für begründet und wies die Klage ab. Die Berufung hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen: Daß B. (Wohnsitz des Klägers) als beiderseitiger Erfüllungsort nicht vereinbart wurde, daß sohin ein rechtsgeschäftlich bestimmter Leistungsort im Sinne des § 269 BGB. hier nicht vorliegt, steht durch die Aussage des Zeugen C. außer Zweifel. Es kann sich daher nur fragen, ob B. oder, wie jetzt behauptet werden will, W. (Ort der Uebergabe), beide im Gebiet des angegangenen Gerichts gelegen, nach den Umständen, insbesondere nach der Natur des Schuldverhältnisses als gesetzlicher Erfüllungsort des Beklagten hinsichtlich seiner Zahlungsverpflichtung zu erachten ist. Kläger behauptet, daß nach Vereinbarung das Kaufgeschäft Zug um Zug zu erfüllen, das heißt der Kaufpreis sofort bei der Uebergabe der Latten zu zahlen war; es bestand aber diese Verpflichtung des Beklagten hinsichtlich der Zeit der Leistung schon nach gesetzlicher Vorschrift, wenn auch die behauptete Vereinbarung, wie der Aussage des Zeugen C. zu entnehmen, ausdrücklich nicht getroffen war. Nun wird allerdings in Theorie und Praxis überwiegend angenommen, daß dann, wenn der Kaufpreis bei der Uebergabe zu zahlen ist, mit naturgesetzlicher Notwendigkeit auch nur an dem Ort der Uebergabe zu zahlen ist, weil Zug um Zug gegen die Uebergabe nur dort gezahlt werden kann, wo übergeben wird, es wird hier der Erfüllungsort des Verkäufers auch Erfüllungsort des Käufers. (Oertmann, der Erfüllungsort bei Zug um Zugleistungen in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1905 S. 48 und die dort mitgeteilten Entscheidungen.) Allein diese Rechtsgrundsätze müssen hier außer Anwendung bleiben, weil es sich nach den tatsächlichen Umständen nicht mehr um eine Zug- um Zugleistung handelt. Denn der Kläger hat an seinem Erfüllungsorte die Lieferung der Latten betätigt, ohne die Uebergabe von der Gegenleistung der Kaufpreiszahlung abhängig zu machen, er hat bereits vorgeleistet und damit tatsächlich auf das Recht, die Uebergabe nur gegen sofortige Zahlung — Zug um Zug — bewirken zu müssen, verzichtet, somit den Kaufpreis gestundet, wie dies auch aus der übergegebenen Rechnung durch die Bemerkung: „mit vorstehendem Betrag bitte mich erkennen zu wollen“ erhellt. Unter den gegebenen Umständen muß aber für den Beklagten als Käufer die Notwendigkeit entfallen, auch seinerseits am Erfüllungsorte des Klägers als Verkäufers erfüllen zu müssen, und demgemäß hat es bei der gesetzlichen Regel des § 269 BGB. zu bewenden, wonach der Wohnsitz des Schuldners, sohin M., als Leistungsort der streitigen Zahlungsverpflichtung zu gelten hat. Mit Recht hat demnach Erstrichter aus diesen Gründen seine Zuständigkeit verneint. Vgl. Scherer, Kommentar z. BGB. Buch II S. 58 und die dort erwähnten Entscheidungen. Vergeblich sucht auch der Berufungsführer hierorts die Zuständigkeit aus § 269 Abs. 2 BGB. zu begründen. Da der Beklagte sein Gewerbe in M. betreibt, so kann es nur darauf ankommen, ob er auch in W., wie behauptet, eine gewerbliche Niederlassung, sohin eine Zweigniederlassung hatte. Unter einer solchen ist eine mit Selbstständigkeit ausgestattete dauernde Niederlassung des Inhabers des Hauptgeschäftes an einem von dessen Sitz verschiedenen Ort zu verstehen (Freudenthal, CPO. S. 18 Nr. 2). Diese Voraussetzungen liegen hier zweifellos nicht vor. Denn der Beklagte hat, wie tatsächlich feststeht, in W. lediglich die Eindeckung der Kirche im Akkord ausgeführt, er hat dortselbst sein Gewerbe weder vorher noch nachher ausgeübt, es steht deshalb von vorneherein kein dauernder, sondern nur ein vorübergehender Gewerbebetrieb in Frage. Bei diesem Ergebnis bleibt es gleichgültig, ob Beklagter in W. unmittelbar Geschäfte geschlossen hat. (Urteil vom 20. März 1905.)

H.

## Oberlandesgericht Augsburg.

**Unzulässigkeit der Abänderung eines Erbvertrages durch den überlebenden Eheteil im Wege der sog. cautela Socini.** Ueber diese Frage ist in einem Urteile des Oberlandesgerichts Augsburg vom 2. März 1905 folgendes ausgeführt: In einem Erbvertrage vom 18. Oktober 1877 haben die Eheleute G. und B. L. unter Zustimmung ihrer drei Söhne vereinbart, daß auf Ableben eines von ihnen der überlebende Teil ausschließlicher Erbe des vorverstorbenen sein, und auf Ableben des letztversterbenden Teils dessen Rücklaß sich nach gleichen Stammteilen auf die drei Söhne erbschaftsweise verteilen solle. Es lag also ein pactum successorium im Sinne des bayerischen Landrechts Teil III Kap. XI § 1 Nr. 11 und Teil IV Kap. I § 19 Nr. 4 (vgl. auch Entsch. d. bayer. Oberst. GH. Bd. 9 S. 623) mit der Folge vor, daß es sich sowohl aktiv als passiv auf die Erben der Vertragsteile erstreckte und von der überlebenden Witwe einseitig nicht mehr geändert werden konnte. Gleichwohl hat diese in ihrem Testamente vom 1. März 1888, nachdem sie vorausgeschickt hatte, daß sie von ihrem Sohne Andreas L. nur noch einen Gutsabstandsrest von 1700 Mk. zu fordern habe, angeordnet: „Sollte einer meiner Söhne diesen meinen Willen nicht achten, so will ich solchen lediglich auf den gesetzlichen Pflichtteil gesetzt haben. Dies ist insbesondere der Fall, wenn ein Sohn gegen diese meine Verfügung streiten sollte.“ Als nun die Erblasserin am 15. Dezember 1901 verstorben war, kam es unter den Söhnen zu Streitigkeiten; insbesondere erklärte der Sohn Georg L. am 15. Januar 1902 bei der Verkündung des Testaments vom 1. März 1888, daß er solches nicht anerkenne, weil der Gutsabstandsrest mit 1700 Mk. zu niedrig angegeben sei, und ließ sich erst viel später zu Protokoll vom 2. Juli 1902 zur nachträglichen Anerkennung desselben herbei. Infolgedessen machte Andreas L. in dem von Georg L. wegen Herauszahlung seines Anteils an jenen 1700 Mk. angestrengten Prozesse geltend, daß letzterer nur das Sechstel beanspruchen könne, weil er das weitere Sechstel durch Zuwiderhandlung gegen den letzten Willen seiner Mutter verwirkt habe. Diesen Standpunkt des Andreas L. hat jedoch das Oberlandesgericht nicht gebilligt, indem es vielmehr unter Hinweis auf die Art. 213 und 214 des EG. zum BGB. obige Bestimmungen des bayerischen Landrechts zur Anwendung brachte und seiner Entscheidung die Ansicht zugrunde legte, daß die Mutter, weil durch den Erbvertrag vom 18. Oktober 1877 gebunden, auch nicht mehr befugt war, den Erbteil des G. L. im Wege der sog. cautela Socini (Anm. zum bayer. LR. III 3 [18]) auf die Hälfte herabzusetzen. Zugleich stellte es fest, daß G. L. sich durch die spätere Anerkennung des Testaments keineswegs der Beschränkung auf den Pflichtteil unterworfen, sondern mit dieser Anerkennung nur zugegeben habe, daß er die Höhe des Nachlasses zu 1700 Mk. nicht mehr in Zweifel ziehen wolle. (Vorstehende Entscheidung würde sich auch nach § 2280 und § 2269 mit § 2306 Abs. 1 BGB. rechtfertigen (vgl. Planck zu § 2306 BGB. Note 1.).

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Donle in Augsburg.

## Literatur.

**Krückmann, Dr. Paul,** Universitätsprofessor in Münster i. W. Rechts-Atlas. 2. vermehrte Aufl. der Anschauungsmittel für den Rechtsunterricht. Unter Mitwirkung von Rechtsanwalt Dr Friedrichs in Dortmund. Leipzig 1905, Dieterich'sche Verlagsbuchhandlung. Gebd. Mk. 8.—.

In den „Grenzboten" hat kürzlich ein Praktiker den Vorschlag gemacht, den juristischen Bildungsgang mit einer kurzen Praxis bei einem Gerichte beginnen zu lassen. Wenn man auch über die Berechtigung dieses Vorschlags streiten kann, so ist er doch ein bezeichnender Ausdruck für die Bedenken, die schon oft gegen die Gepflogenheit laut geworden sind, an den Anfang des juristischen Studiums die Einführung in die abstraktesten Probleme des Zivilrechts oder den Vortrag rechtsgeschichtlicher Einzelheiten zu setzen, die der junge Rechtsbeflissene nicht versteht, weil ihm die Grundbegriffe des Rechts noch abgehen. Manchem Studenten wird die Freude am Lernen dadurch getrübt, daß er nicht auf einen festen Boden gestellt wird und nicht weiß, welche Bedeutung die ihm eingeprägten Sätze für das ihn umgebende Leben haben. Umso wertvoller wird daher das durch einen Gelehrten von anerkannt hohem pädagogischen Talente im „Rechts-Atlas" gegebene Hilfsmittel sein. Krückmann hat sich nicht damit begnügt, die mit äußerster Sorgfalt gesammelten Urkunden, Formulare u. s. w. systematisch zu ordnen, sondern auch durch Anfügung von Erläuterungen an geeigneter Stelle den Leser auf die einschlägigen Gesetze verwiesen und ihm dadurch nahegelegt, diese selbst nachzuschlagen. So wird das Werk zu einem förmlichen Lehrbuche. Auch der Praktiker wird ihm viele Anregung entnehmen können, vor allem wird ihm das Verständnis mancher verwickelter Vorgänge im Handelsverkehre erleichtert. Wichtig für den bayerischen Juristen sind im gegenwärtigen Zeitpunkt, in dem das Interesse der Praxis durch die Einführung des neuen Grundbuchrechts gefesselt ist, vor allem die sehr übersichtlich gedruckten Beispiele aus der Grundbuchführung der anderen deutschen Staaten. Die Ausstattung des Buches ist sehr vornehm und gediegen.

von der Pfordten.

**Kuhlenbeck, Dr. Ludwig,** Professor des deutschen Rechts an der Universität Lausanne. Die Rechtswissenschaft in ihren Beziehungen zu anderen Wissenschaften. (Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des § 1 Inst. I 1.) Jena 1905. Hermann Costenoble. Brosch. Mk. 1.50.

Das Büchlein ist eine Sonderausgabe eines in der „Seance universitaire" zu Lausanne vom Verfasser gehaltenen „discours d'installation". Der anregende, stilistisch fein ausgestaltete Vortrag bringt zahlreiche Ausführungen rechtsphilosophischer Art. Bemerkenswert ist die Stellungnahme des Verfassers zu der auch in Bayern mannigfach erörterten Frage, ob der humanistischen oder der realen Schulbildung als Rüstzeug und Grundlage für den Juristenberuf der Vorzug zu geben sei. Er gelangt dazu, beiden Bildungsarten ihre eigentümlichen Vorteile zuzuerkennen und spricht sich deshalb dafür aus, daß auch den Zöglingen der Realgymnasien und Realschulen wenigstens versuchsweise die Zulassung zu gewähren sei.

von der Pfordten.

**Kaufmann, Emil,** Rechtsanwalt in Magdeburg. Handelsrechtliche Rechtsprechung. Nach dem System der Gesetze bearbeitet und zusammengestellt. Fünfter Band. Enthaltend die Rechtsprechung des Jahres 1904. Hannover 1905, Helwingsche Verlagsbuchhandlung. Mk. 5.—.

Aus etwa 51 Zeitschriften, worunter sich die sämtlichen dem HGB. und seinen Nebengesetzen gewidmeten befinden, stellt der Verfasser im vorliegenden Werke die im Jahre 1904 veröffentlichten Entscheidungen zu HGB., EHGB., Eisenb.Verk.O., Preuß. Kleinb.G., WO., Börs.G., DepotG., Hyp.BankG., Pat.G., Gebr.MG., WarenZG., Unl.WG., Gen.G., G.m.b.H.G., BinnenSchG., Gew.O., Gew.GG. und AbzG. in ausführlichen und klaren Auszügen nach der Gesetzesordnung zusammen. Auch die Literatur berücksichtigt er, zum großen Teile sogar in der Weise, daß er die Richtung, in der sich der Gedankengang der zitierten Abhandlungen usw. bewegt, mit kurzen Leitsätzen andeutet und sie in Beziehung zu den ergangenen Entscheidungen setzt. Diese selbst bringt er durch zahlreiche Verweisungen in Fußnoten untereinander und mit den Veröffentlichungen der früheren 4 Bände der Sammlung in Zusammenhang, der noch inniger gestaltet wird durch ein für sämtliche 5 Jahrgänge sehr gewissenhaft zusammengestelltes alphabetisches Sachregister. Durch eine große Anzahl eigener, von wissenschaftlicher Durchdringung des Stoffes zeugender kritischer Bemerkungen hebt der Verfasser sein Werk über den Rahmen der bloßen Entscheidungssammlung hinaus und nähert es dem Wesen des Kommentars. Eine besonders wertvolle Geschlossenheit verleiht er ihm damit, daß er sich nicht auf die Wiedergabe der direkt zu den einzelnen Gesetzen ergangenen Entscheidungen beschränkt, sondern auch verwandte Materien, namentlich aus dem BGB., berücksichtigt. Hervorzuheben sind in dieser Beziehung der Abschnitt über den Handelskauf und die Zusammenstellung zu § 346 HGB., wo auch das private Versicherungsrecht eingehende Würdigung erfährt. Dabei ist die Reichhaltigkeit und Zuverlässigkeit der Zitierungen tadellos. In der Vorrede legt der Verfasser Gewicht darauf, daß sich möglichst aus allen seinen Auszügen der der einzelnen Entscheidung zugrunde liegende Tatbestand erkennen lasse. In der daraus notwendig folgenden Ausführlichkeit der Auszüge liegt eine gewisse Gefahr insofern, als der praktisch arbeitende Jurist leicht geneigt sein wird, sie für die Entscheidungen selbst zu nehmen und sich deren Nachlesen zu ersparen. Der Fehler, der damit zweifellos begangen würde, läge freilich beim Leser selbst, nicht im Buche. Dieses erleidet aus der Ausführlichkeit in der Wiedergabe der Entscheidungen nur insofern einen Nachteil, als die Uebersichtlichkeit verloren geht. Sie wird aber offenbar vom Verfasser gar nicht weiter angestrebt. Das geht auch daraus hervor, daß er sich bei den Rückverweisungen auf die früheren Bände darauf beschränkt, bei den einzelnen Paragraphen durch Band- und Seitenzahl das Vorhandensein einer Entscheidung nachzuweisen. Wenn er noch durch Hinzufügung von Stichworten angäbe, worauf sie sich bezieht, so würde er seinen Lesern manches vergebliche Nachschlagen ersparen. Selbstverständlich kann diese kleine formale Ausstellung den Wert des Buches nicht irgendwie herabsetzen. Seine Anschaffung ist jedem, der sich eingehender mit dem Handelsrecht zu beschäftigen hat, warm zu empfehlen.

Dr. Gutmann.

☛ Die verehrl. Mitarbeiter werden höfl. gebeten, die Rückseiten der Manuskriptblätter frei zu lassen.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, II. Staatsanwalt im K. Staatsministerium der Justiz.

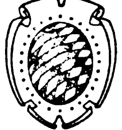
Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

Nr. 12. München, den 15. Juni 1905. 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum, Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.



## Die Nebenkautionen für Zinsen und Kosten nach dem Rechte des BGB.

Von Gottfried Schmitt,
Oberregierungsrat im K. B. Staatsministerium der Justiz.

I.

Nach § 42 des bayerischen Hypothekengesetzes von 1822 erstreckt sich die Hypothek gegen den Schuldner sowohl als gegen jeden dritten Besitzer der Sache nebst dem Kapital auch auf die Zinsen des laufenden und des unmittelbar vorausgegangenen Jahres, wenn das Kapital als ein verzinsliches im Hypothekenbuch eingetragen ist. Wegen weiterer Rückstände an bedungenen Zinsen, wegen der Verzugszinsen und wegen der auf Ausklagung und Beitreibung der Hypothekforderung entstandenen Streitkosten hat der Gläubiger nach § 45 des Hypothekengesetzes das dingliche Recht auf die Hypotheksache zwar gegen seinen Schuldner, solange dieser die Sache besitzt, er kann es aber weder gegen einen dritten Besitzer der Sache geltend machen, noch dafür gegen andere Hypothekgläubiger den Vorzug nach der Eintragung der Hauptschuld verlangen. Infolge dieser Bestimmungen konnte der Hypothekgläubiger auf Deckung aus dem Grundstücke für die Kosten soviel wie gar nicht, für Zinsen nur insoweit rechnen, als sie laufend oder nicht länger wie ein Jahr rückständig waren. Daher ist es unter der Herrschaft des bayerischen Hypothekengesetzes Regel geworden, bei der hypothekarischen Sicherung von Darlehen zur Deckung der nicht bevorzugten Zinsen und Kosten, d. h. der Kosten und der mehr als ein Jahr rückständigen Zinsen neben der Hypothek für das Kapital und im gleichen Range mit ihr eine besondere — meist zehnprozentige — Kaution zu bestellen. (Vgl. Regelsberger, Hypothekenrecht S. 332, 357.) Jetzt, wo der größte Teil Bayerns unter Grundbuchrecht tritt, ergibt sich die Frage: Sind solche Nebenkautionen auch nach dem BGB. möglich, nötig, empfehlenswert?

**Die bayerischen hypothekarischen Nebenkautionen für nichtbevorzugte Zinsen und Kosten sind Hypotheken, die in der Weise bestellt sind, daß nur der Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück haften soll, bestimmt ist, im übrigen aber die Feststellung der Forderung vorbehalten wird.** Dies deckt sich mit den Begriffsmerkmalen der Höchstbetragshypothek des § 1190 des BGB. Auch daß gerade für Zinsen- und Kosten-Forderungen nach BGB. solche Höchstbetragshypotheken bestellt werden können, ist zweifellos. Diese Forderungen eignen sich als zukünftige, der Entstehung und dem Betrage nach ungewisse Geldforderungen ohne weiteres für die Höchstbetragshypothek. Trotzdem ist die Frage nach der Möglichkeit und Berechtigung der Nebenkaution für Zinsen nicht müßig. Die Rechtfertigung der Frage liegt in dem Umstande, daß die Nebenkaution Kaution für „nichtbevorzugte Zinsen und Kosten" ist. Sind nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch alle Zinsen und Kosten bevorzugt, d. h. durch die Hypothek für die Hauptsache miterfaßt, so fehlt es der Nebenkaution an der Daseinsberechtigung. Die Frage ist also: Gibt es nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch nichtbevorzugte Zinsen und Kosten?

Nach § 1118 des BGB. haftet das Grundstück auch für die gesetzlichen Zinsen der Forderung sowie für die Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung. Außer den Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung entstehen wohl mit verschwindender — hier außer Betracht zu lassenden — Ausnahme regelmäßig keine weiteren Kosten aus der Hypothek. Der Kosten wegen bedürfte es also der Nebenkaution nicht. Von den Zinsen aber nennt das BGB. im § 1118 nur die gesetzlichen Zinsen. Gesetzliche Zinsen im Sinne des § 1118 sind diejenigen Zinsen, welche nicht auf Grund rechtsgeschäftlicher Verzinslichkeitsvereinbarung, sondern ohne solche auf Grund besonderer Gesetzesvorschrift zu bezahlen sind, also insbesondere die Verzugszinsen nach § 288 des BGB.[1])

[1]) Praktisch wird hiermit bei Darlehenshypotheken nicht viel anzufangen sein. Denn diese sind fast

Haftet hiernach das Grundstück wirklich nur für die gesetzlichen, nicht auch für die vereinbarten Zinsen der Forderung? Gewiß auch für die letzteren, und zwar nach § 1113, 1115 des BGB., wenn die Hypothek für sie mitbestellt und der vereinbarte Zinssatz eingetragen ist. Für diese Zinsen haftet das Grundstück nach dem BGB. grundsätzlich unbeschränkt, ebenso wie für das Darlehen. Es wäre darnach denkbar, daß die Haftung des Grundstücks für Zinsen sich höher beliefe als die Haftung für das Darlehen. Zwar sind die Ansprüche auf rückständige Hypothekzinsen der Verjährung in vier Jahren unterworfen (BGB. §§ 197, 223 III), die Verjährung kann aber unterbrochen und ihre Frist kann durch rechtskräftige Feststellung des Anspruchs auf 30 Jahre erstreckt werden (BGB. § 218).

Nach dem Recht des BGB. sind demgemäß, — von wenigen und geringfügigen Ausnahmen abgesehen — bei der Darlehenshypothek alle Zinsen und Kosten bevorzugt. Es hat deshalb den Anschein, als ob eine Kaution für „nichtbevorzugte" Zinsen und Kosten gegenstandslos wäre. Das ist für die Kosten richtig, bezüglich der Zinsen trügt aber der Anschein. Die Bevorzugung der vereinbarten Zinsen erleidet nämlich gerade da, wo sie ins Leben treten soll, eine sehr wesentliche Einschränkung. Das ist bei der Zwangsversteigerung. Nach § 10 des ZVG. ist in der Zwangsversteigerung den Ansprüchen auf vereinbarte Hypothekzinsen ein Recht auf Befriedigung in der gleichen Rangordnung wie dem Hypothekdarlehen selbst — nämlich in der vierten Klasse bei der Stelle der Hypothek und mit dieser zugleich — nur insoweit gewährt, als sie „laufend" oder „aus den letzten zwei Jahren rückständig" sind. Sind sie länger rückständig, so haben sie nicht nur hinter alle im Range nachgehenden Hypotheken und ihre jüngeren Zinsrückstände, sondern sogar hinter den Anspruch des hypotheklosen Beschlagnahmegläubigers zurückzutreten. Unter solchen Umständen ist das Vorzugsrecht der mehr als 2 Jahre alten Hypothek-Zinsrückstände der Regel nach vor der Beschlagnahme ein papierner Vorteil, in der Beschlagnahme aber wertlos. Denn an der Stelle, an der diese Rückstände zum Zuge kommen, ist gewöhnlich nichts mehr zu holen. Daraus folgt, daß für eine Zinsennebenkaution allerdings auch nach dem Rechte des BGB. noch Raum ist, nämlich für eine Höchstbetragshypothek zur Deckung der Zinsrückstände, die nicht nach § 10 Nr. 4 ZVG. schon gesetzlich bei der Zwangsvollstreckung im gleichen Range mit dem Kapital zum Zuge kommen. Eine solche Nebenkaution ist also auch nach dem Rechte des BGB. noch möglich.

Ist sie aber auch nötig, ist sie empfehlenswert? Die Frage ist nicht mit einem Worte zu beantworten. Das BGB. und das ZVG. gewähren dem Hypothekgläubiger auf zwei Punkten mehr als das bayerische Hypothekenrecht. Einmal nämlich erstreckt sich die neurechtliche Hypothek von selbst auf die Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung, während das bayerische Hypothekengesetz dem Kostenanspruch ein Befriedigungsrecht im Range der Hypothek für die Hauptforderung nicht einräumt. Sodann gewährt das ZVG. (§ 10) ein dem Befriedigungsrechte für die Hauptforderung im Range gleichstehendes Befriedigungsrecht nicht nur, wie das bayerische Recht, für die rückständigen Zinsen des einen Vorjahrs, sondern für die rückständigen Zinsen der zwei letzten Jahre. Es besteht also ein Unterschied von einem Jahreszins, d. i. gewöhnlich von vier Prozent. Schlägt man das Kostenvorrecht auf ein Prozent an, so gibt das neue Recht gegenüber dem bisherigen eine um fünf Prozent höhere Sicherheit für Zinsen und Kosten. Wo deshalb nach bisherigem Rechte eine Nebenkaution von zehn Prozent notwendig war, bleibt jetzt die Notwendigkeit für eine fünfprozentige Nebenkaution übrig. Wo nach altem Recht eine Nebenkaution in nicht höherem Satze wie zu fünf Prozent nötig war, besteht jetzt eine Notwendigkeit für eine solche überhaupt nicht mehr. — Hiernach ist zu sagen, daß die Nebenkaution nicht mehr nötig ist für die Hypotheken der Hypothekenbanken und derjenigen größeren Stellen und Institute, bei welchen eine kaufmännische Geschäftsführung statthat. Denn bei diesen Banken, Stellen und Instituten ist es ausgeschlossen, daß mehr als zwei Jahreszinsen rückständig werden, ohne daß es zur Zwangsversteigerung käme. Anders bei den Hypotheken von Privaten. Private sind schon wegen der Konkurrenz der Banken, wenn sie bessere Hypotheken sich erhalten wollen, genötigt, größere Nachsicht gegen den Schuldner walten zu lassen. Auch haben sie nicht selten persönliche Rücksichten zu üben. Infolgedessen ist es bei den Hypotheken privater Gläubiger keine gar zu große Seltenheit, daß mehr als zwei Jahreszinsen rückständig werden. Es ist daher ein Bedürfnis dafür vorhanden, wenigstens einen weiteren Jahreszins durch Ueberkaution besonders zu sichern. Diesem Bedürfnis wird die Praxis wohl auch künftig Rechnung tragen müssen.

## II.

Da anzunehmen ist, daß die hypothekarischen Nebenkautionen aus unserem Rechtsverkehr auch künftig nicht verschwinden, so soll im Folgenden eine Untersuchung ihrer Natur veranstaltet werden.

1. Die Nebenkautionen sind Sicherungshypotheken und zwar Höchstbetragshypotheken von eigenartigem Inhalt. Sie sind bestellt für den Fall, daß künftig Zinsenforderungen nicht nur erwachsen, sondern auch rückständig werden, und

---

ohne Ausnahme nach Vereinbarung verzinslich und zwar ist der vereinbarte Zinssatz zumeist ebenso hoch und noch höher als der Verzugszinsensatz.



nicht nur rückständig werden, sondern solange rückständig bleiben, daß sie durch die Darlehenshypothek selbst (BGB. §§ 1113, 1118) im Falle der Zwangsversteigerung nicht mehr zugleich dem Kapital (ZVG. § 10 Nr. 4), sondern erst an späterer Stelle (ZVG. § 10 Nr. 8) minderwertig gesichert werden. — Hiernach ist nicht nur möglich, daß die Forderung, zu deren Sicherung die Nebenkaution bestellt wird, gar nicht entsteht, wenn z. B. das Kapital vor Zinsanfall zurückbezahlt wird, sondern es ist auch möglich, ja sogar gewöhnlich, daß die zu sichernde Zinsforderung erwächst und fällig wird, aber niemals zur Sicherung durch die Nebenkaution gelangt, weil sie nicht über zwei Jahre rückständig bleibt. Die Nebenkaution bezieht sich hienach auf dreierlei Forderungen. Einmal auf Forderungen, die noch gar nicht entstanden sind und vielleicht nie entstehen. Sodann auf Forderungen, die schon entstanden, aber noch nicht drei Jahre rückständig sind und deshalb, wenn sie das dritte Jahr des Rückständigseins vollenden, in die Sicherung durch die Nebenkaution eintreten, endlich solche, die das hinlängliche Rückständigkeitsalter haben und deshalb schon unter die Kautionssicherung eingetreten sind. Im ersten Falle haben wir weder eine Forderung noch eine Hypothek, sondern nur eine Rechtsposition. Im zweiten Falle zwar schon eine bestehende Forderung, aber nur eine aufschiebend bedingte, noch nicht in Kraft getretene Hypothek, im dritten Fall erst die wirkliche Hypothek. Durch diese Klassen hindurch findet ein stetiger Wechsel der Zinsforderungen statt, solange das Darlehens- und Zinsverhältnis dauert.

2. Mit der Nebenkaution verfolgen die Beteiligten nicht den Zweck einer einmaligen oder vorübergehenden, sondern einer ständigen Sicherungsergänzung von der gleichen Dauer wie die des Darlehenskreditverhältnisses samt seinen Zinsenausläufern. Nicht zur einmaligen Ausnützung wird die Kaution gestellt, sondern zur immerwährenden, solange das Darlehensverhältnis währt. Es kann also recht wohl sein, daß die Nebenkaution erschöpft wird, um bezahlt zu werden und dadurch wieder frei wird, um neuerlich erschöpft zu werden. Das ist ihre naturgemäße und vertragsgemäße Bestimmung. Soweit die Nebenkaution in Anspruch genommen ist, ist sie des Gläubigers Hypothek, soweit sie unbenutzt ist, seine Reserve, immer aber sein Recht.

## III.

Die Nebenkaution kann **mit** der Darlehenshypothek, aber auch **allein** vom Gläubiger an einen Andern abgetreten werden. Die Abtretung der Nebenkaution **mit** der Darlehenshypothek bedarf keiner weiteren Erörterung. Nähere Betrachtung aber verdient der Fall, daß die Nebenkaution **allein** abgetreten wird. Natürlich ist der Ausdruck Abtretung der **Kaution** nur der Kürze wegen gewählt. Abgetreten wird selbstverständlich nicht das Hypothekrecht für sich, sondern die Zinsenforderung mit der Hypothek. Denn anders wäre es nach § 1153 BGB. nicht möglich. Zu den Fällen der Abtretung gehörte es deshalb auch nicht, wenn die Zinsenkaution, die zugunsten des einen Hypothekgläubigers besteht, auf einen andern, etwa auf den Gläubiger der vorausgehenden oder nachgehenden Hypothek zur Sicherung der Zinsen dieser Hypothek übertragen würde. Das wäre zwar möglich, aber es wäre keine Abtretung, sondern eine Umwandlung und bedürfte deshalb der Mitwirkung des Eigentümers.

Die Abtretung der Zinsenforderung mit der Nebenkaution erfolgt auch dann, wenn die Darlehenshypothek nicht mitabgetreten wird, in der Regel zugleich mit der Abtretung der noch unter die gesetzliche Deckung durch die Darlehenshypothek fallenden laufenden oder kurzrückständigen Zinsen. Abgetreten werden gewöhnlich alle Zinsenforderungen, die aus dem Darlehen angefallen und noch nicht bezahlt sind und die noch künftig anfallenden samt der für sie bestehenden hypothekarischen Sicherheit jeder Art. Der Abtretung steht nicht im Wege, daß ein Teil der abgetretenen Forderungen nur Zukunftsforderung ist. Denn es muß angenommen werden, daß auch zukünftige Forderungen abgetreten werden können. Geht ja die Zivilprozeßordnung in ihrem Abschnitt über die Zwangsvollstreckung in Forderungen (§§ 828 ff.) von der Pfändbarkeit der zukünftigen Forderungen aus und enthält anderseits das BGB. nirgends eine Vorschrift, die eine solche Abtretung verbieten würde. Natürlich wird sie wirksam erst im Falle der Entstehung der Forderung. Auch der nach BGB. § 1154 III, 873 zur Uebertragung der Hypothek nötigen Eintragung der Abtretung in das Grundbuch steht ein Hindernis nicht im Wege. Allerdings ist der Bestand der abzutretenden Forderung in Schwebe und damit auch die Wirksamkeit der Abtretung. Allein der Schwebezustand war schon vorhanden zu der Zeit, als die Nebenkaution eingetragen wurde. Er kann, wie er die Eintragung der Bestellung der Nebenkaution nicht gehindert hat, auch die Eintragung ihrer Abtretung nicht hindern. Eine Besonderheit besteht nur bezüglich der Forderung auf die schon **rückständigen** Zinsen. Zu deren Abtretung bedarf es der Eintragung in das Grundbuch nach § 1159 BGB. nicht.

Was von der Uebertragung der Nebenkaution gilt, gilt in entsprechender Weise auch für ihre Verpfändung und für die Zwangsvollstreckung in sie. Vgl. CPO. §§ 828, 830, 832, 837.

## IV.

Besondere Beachtung verdient die Frage der Stellung der Nebenkaution zur Eigentümerhypothek. Kann aus der Hypothek für nichtbevorzugte Zinsen

und Kosten eine Eigentümerhypothek werden? Unter welchen Voraussetzungen? Inwieweit?

Hierzu ist zunächst die Vorfrage zu lösen, ob überhaupt Höchstbetragshypotheken fähig sind, in Eigentümerhypotheken überzugehen. Diese Vorfrage ist zu bejahen. Für den Gesetzgeber mögen Gründe bestehen, diese Art von Hypotheken, die nach der Dienstbarkeit am wenigsten von allen Arten der Grundbelastung sich für den Umlauf im Rechtsverkehr eignen, von dem Uebergang in die Eigentümerhypothek auszuschließen. Für uns fragt sich nur, ob der Gesetzgeber sie ausgeschlossen hat. Das ist nicht der Fall. Zum Beweise ist auf die preußische Gesetzgebung zurückzugehen. Die Form der Eigentümerhypothek war dem bayerischen Rechte wie dem süddeutschen Rechte überhaupt fremd. Sie ist übernommen aus dem norddeutschen, insbesondere dem preußischen Rechte. Im preußischen Rechte war für Höchstbetragshypotheken der Uebergang in die Eigentümerhypothek ausdrücklich ausgeschlossen (§ 67 des preußischen Eigentumserwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872). Der Entwurf I zum BGB. dagegen, der die Eigentümerhypothek nicht nur für das Gebiet der Höchstbetragshypothek, sondern für das ganze Gebiet der Sicherungshypothek ausschließt (§§ 1125—1128), läßt die Eigentümerhypothek auf diesem ganzen Gebiete für den Fall zu, daß der Eigentümer nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, und macht auch für Höchstbetragshypotheken keine Ausnahme (§ 1129). Vgl. Motive z. E. I des BGB. Bd. III S. 766. Bei der zweiten Lesung des Entwurfs stellte man sich auf einen andern Standpunkt. Man sah überhaupt davon ab, die Sicherungshypothek vom Uebergang in die Eigentümerhypothek auszuschließen (Entw. II § 1093), und man machte nicht einmal eine Ausnahme für die Höchstbetragshypothek (Entw. II § 1096). Bei der Beratung wurde zur Begründung des Antrags auf Ausdehnung der Vorschriften über die Eigentümerhypothek auf die Sicherungshypothek hervorgehoben, daß gerade für Kautionshypotheken ein Bedürfnis zu einer solchen Ausdehnung bestehe, und daß im Hypothekenverkehr für die Festsetzung der Bedingungen einer Nachhypothek eine vorstehende Kautionshypothek ebensoviel gelte wie eine feste Hypothek zu einem dem Höchstbetrage der Kautionshypothek gleichstehenden Betrage (Prot. II Bd. 3. S. 687). Die Bestimmungen des Entwurfs II sind ohne hierherbezügliche Aenderung in das Gesetz übergegangen (BGB. §§ 1184 ff). Unter diesen Umständen kann es keinem Zweifel unterliegen, daß es wie im Wortlaute so auch im Sinne des Gesetzes ist, daß die Vorschriften über die Eigentümerhypothek nicht nur auf die Verkehrshypothek (Buchhypothek, Briefhypothek) sondern auch auf die Sicherungshypothek einschließlich der (Kautions-) Höchstbetragshypothek angewendet werden sollen.

Mit der Bejahung der Frage, ob die Kautionshypothek des Uebergangs in die Eigentümerhypothek fähig ist, erledigt sich jedoch die Frage, ob bei der Nebenkaution für nichtbevorzugte Zinsen das Gleiche der Fall ist, noch nicht vollständig. Für diese kommt in Betracht, ob nicht die Zinseneigenschaft der Forderung entgegensteht. Nach § 1178 BGB. erlischt die Hypothek für Rückstände von Zinsen und anderen Nebenleistungen sowie für Kosten, die dem Eigentümer zu erstatten sind, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt. Dem Wortlaute nach paßt dies sowohl auf diejenige Hypothek für Zinsrückstände, welche keine selbständige Bedeutung hat, sondern nur einen Bestandteil der Hypothek für das Kapital bildet, wie für diejenige Hypothek, welche als Höchstbetragshypothek für künftige Zinsrückstände, oder als feste Hypothek für einen fest erwachsenen der Summe nach bestimmten Zinsrückstand selbständig bestellt ist. Es läßt sich indessen nicht verkennen, daß es an einem gesetzgeberischen Grunde dafür fehlen würde, daß die Hypothek, die für einen der Summe nach bestimmten Zinsrückstand selbständig bestellt ist, nicht sollte Eigentumshypothek werden können. Ist es ja doch denkbar, daß eine solche Zinsenrückstandshypothek bestellt wird, wenn das Kapital schon zurückbezahlt ist oder niemals durch Hypothek gedeckt war. Hierzu kommt ein aus der Entstehung des Gesetzes genommener Grund. Dem § 1178 des BGB. entspricht im Entwurf I § 1101. Er verneint die Anwendung der Vorschriften über die Eigentümerhypothek für „die Forderung wegen rückständiger Zinsen und die Forderung wegen solcher Kosten, welche nicht zu einem bestimmten Betrag in das Grundbuch eingetragen sind.“ Warum nicht auch für solche rückständige Zinsen, welche nicht zu einem bestimmten Betrag in das Grundbuch eingetragen sind? Offenbar, weil man nur die Eintragung der Hypothek für das Kapital im Auge hatte und weil es bei dieser Eintragung zwar vorkommen kann, daß ihrem Betrage nach im vorhinein feststehende Kosten ziffermäßig eingetragen werden, nicht aber künftig rückständig werdende Zinsen. Die Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB. strich den Zusatz „welche nicht zu einem bestimmten Betrage eingetragen sind.“ Die Gründe der Streichung sind aus den Protokollen nicht zu ersehen. Man scheint den Zusatz für selbstverständlich und damit für überflüssig gehalten zu haben. Was die nicht zu einem bestimmten Betrage eingetragenen Zinsen anlangt, so können darunter im Entwurf I die unter die Nebenkaution fallenden Zinsen nicht begriffen gewesen sein, weil nach dem Entwurf I die Nebenkaution als Sicherungshypothek der Eigentümerhypothek überhaupt nicht zugänglich war. — Demgegenüber hätte es, wenn man bei der zweiten Lesung die Zinsenkautionshypothek von dem Uebergang in die Eigentümerhypothek grundsätzlich hätte ausschließen wollen, dazu einer ausdrück-

lichen Bestimmung bedurft. Man wird berechtigt sein anzunehmen, daß nicht ein Versehen vorliegt, sondern daß die grundsätzliche Ausschließung nicht beabsichtigt war. Im nachfolgenden wird deshalb davon ausgegangen, daß der § 1178 des BGB. auf die selbständige Zinsenkautionshypothek keine Anwendung findet, und daß es keine ausdrückliche Gesetzesbestimmung gibt, nach der Zinsenkautionshypotheken vom Uebergang in Eigentümerhypotheken ausgeschlossen wären.

Auch unter dieser Voraussetzung bedarf es jedoch noch weiterer Prüfung. Denn auch ohne ausdrückliche Sondervorschriften ergeben sich aus der Natur der Kautionshypothek und zumal der Zinsenkautionshypothek besondere Schwierigkeiten für die Anwendung der Eigentümerhypothek. (Vgl. hierzu die Protokolle II. Lesg. Bd. 3 S. 690, 691.) Bei dieser Prüfung ist auf die einzelnen Fälle der Eigentümerhypothek einzugehen. Eigentümerhypotheken können entstehen:

1. dadurch, daß die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt (BGB. § 1163 Abs. 1 Satz 1);
2. dadurch, daß die schon entstandene Hypothekforderung erlischt (BGB. § 1163 Abs. 1 Satz 2);
3. dadurch, daß im Wege der Rechtsnachfolge der Gläubiger Eigentümer des Grundstücks oder der Grundstückseigentümer Inhaber der Hypothekforderung wird.

Daß in dem Falle zu 3 auch die Zinsenkautionshypothek zu wahrer Eigentümerhypothek werden kann, ist kein Zweifel, ebenso in den Fällen 1 und 2 dann nicht, wenn die Eigentümerhypothekentstehungstatsache nicht auf die Zinsenkautionshypothek beschränkt ist, sondern zunächst bei der Kapitalhypothek eintritt und ihre Wirkung auch auf die Zinsenkautionshypothek miterstreckt. Wird das Hauptdarlehen, bei dem neben der Hauptdarlehenshypothek eine zehnprozentige Nebenkaution wegen der nichtbevorzugten Zinsen bestellt ist, nicht gegeben, wird der Hypothekenbrief darüber dem Schuldner nicht ausgehändigt (BGB. § 1163 Abs. 2), so bleibt zweifellos nicht nur die Hauptdarlehenshypothek beim Eigentümer (§ 1163), sondern auch die zehnprozentige Nebenkaution, und nichts hindert den Eigentümer, über beides zu verfügen, nichts seine Gläubiger, auf beides zu greifen. Ebenso ist klar, daß der Eigentümer, wenn er Kapital und Zinsen vollkommen zurückbezahlt hat, in dieselbe Lage kommen muß, in der er sich befand, als er das Kapital noch nicht bekommen hatte, daß er also Eigentümer der Haupthypothek und der Nebenkautionshypothek werden muß mit der Folge der Verfügungsfreiheit für ihn und der Zugriffsfreiheit für seine vollstreckungstitelbewehrten Gläubiger. Die Notwendigkeit dieses Ergebnisses ist so einleuchtend, daß auf die Begründung vorerst verzichtet werden kann. Anders in dem Falle, wenn, während die Kapitalhypothek in Kraft besteht, nur die Zinsenforderung noch nicht entstanden oder doch noch nicht unter den Nebenkautionsverband getreten, oder nach dem Eintritt unter diesen Verband durch Tilgung oder Verzicht wieder erloschen ist. Hier hindert das Rechtsverhältnis, wie es durch die vom Gesetze zugelassene Parteidisposition geschaffen worden ist, das Entstehen der Eigentümerhypothek. Ist die Nebenkaution auch noch nicht in Anspruch genommen, eine Zinsenforderung noch nicht entstanden, so besteht doch nach dem vom Gesetz anerkannten Willen der Beteiligten eine dinglich geschützte Aussicht auf den Erwerb einer Hypothek für den Fall, daß Zinsen soweit rückständig werden sollten, daß sie nicht mehr des Schutzes des ZVG. § 10 Nr. 4 genießen. Diese Aussicht und Sicherheit kann aber auch dem Gläubiger, für den sie bestellt ist, nicht dadurch verkümmert werden, daß der Eigentümer über die Stelle verfügt oder der vollstreckungstitelbewehrte Kurrentgläubiger des Eigentümers darauf greift, um für sich einen Vermögenswert daraus zu machen. Daß eine solche Verfügung, ein solcher Zugriff nicht statthaben soll, sondern das Grundstück an dieser Stelle gegebenenfalls dem Zinsenkautionshypothekgläubiger und bis zu seiner Deckung nur ihm zur Verfügung stehen soll, ist die zweifellose Absicht der Beteiligten bei der Bestellung der Nebenkaution und das Gesetz sanktioniert diese Absicht, indem es solche Kautionshypotheken zur Vereinbarung und zur Eintragung zuläßt. Hierin liegt die Verneinung der Eigentümerhypothek für noch nicht laufende Zinsen. Ist aber eine Zinsenforderung, wenn auch noch nicht überfällig, doch schon fällig oder doch im Lauf, so besteht für sie eine bedingte Hypothek des Gläubigers. Bedingte Hypotheken stehen aber bis zur Entscheidung über die Bedingung nicht im Eigentum des Grundstückseigentümers sondern sie stehen bis dahin, allerdings bedingt, dem Hypothekgläubiger zu. Fällt die Bedingung aus, weil der Zins bezahlt wird, bevor er überrückständig geworden und damit unter die Kautionsdeckung getreten ist, so tritt, so lange die Kapitalforderung noch besteht und verzinslich bleibt, stets wieder eine dinglich geschützte Aussicht oder eine andere bedingte Hypothek an die Stelle der ausgefallenen bedingten Hypothek, denn der Zins läuft weiter und wird weiter fällig und rückständig. Es wiederholt sich also das Spiel von vorne. Ganz dasselbe tritt ein, wenn eine überfällige Zinsrate, die schon unter die Nebenkaution eingetreten ist, vom Eigentümer bezahlt wird. Hier war schon eine wirkliche unbedingte Hypothek entstanden. Sie erlischt durch Bezahlung seitens des Eigentümers. Und doch kann, solange das Kapital noch besteht und verzinslich ist, aus diesem Erlöschen keine Eigentümerhypothek entstehen. Denn an die Stelle der erlöschenden Hypothek tritt sofort und unmittelbar die dinglich geschützte Aussicht, bedingte Hypothek oder Hypo-

thek für einen weiteren zukünftigen, fälligen oder überrückständigen Zins. So will es das Geding der Zinsenhöchstbetragshypothek. Auch hier ist jede Verfügung des Eigentümers, jeder Zwangszugriff seiner anderen Gläubiger ausgeschlossen.

Das Ergebnis der Untersuchung ist hiernach:

Solange das Kapital noch als verzinslich in anderer Hand als der des Eigentümers besteht, kann dieser an der Höchstbetragsnebenhypothek zur Deckung der nichtbevorzugten Zinsen Eigentümerhypothek nicht erwerben. Er kann solange insbesondere keine Eigentümerhypothek erwerben wegen Nichtinanspruchnahme der Kaution oder wegen Bezahlung einzelner Zinsraten. Sein Recht beginnt erst, wenn er das Kapital in seiner Hand hat oder wenn die Verzinslichkeit des Kapitals geendet hat. Dann hat er Eigentümerhypothek bis zum Höchstbetrage, soweit die Nebenkaution nicht in Anspruch genommen ist und soweit Rückzahlungen stattgefunden haben. Ueber diese Eigentümerhypothek kann er verfügen, auf diese können seine Gläubiger greifen. Verfügung und Zugriff sind, soweit sie sich auf diese Eigentümerhypothek beziehen, auch schon vor ihrer Entstehung für den Fall, daß sie künftig entstehen, möglich. Die Eintragung im Grundbuch wird allerdings auch in diesen Fällen erst nach der Entstehung möglich sein.[1])

## Die Gebühren in der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung.

Von Justizrat **Merzbacher** in Nürnberg.

Da das Grundbuch seit dem 1. Mai 1905 für die Bezirke des Oberlandesgerichts München und der Landgerichte Amberg, Regensburg und Weiden als angelegt anzusehen ist (JMBl. 1905 S. 562), ist auch das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung vom 24. März 1897 gemäß § 1 des EG. hierzu daselbst in Kraft getreten. In nachstehendem sei nun ein Ueberblick über die einschlägigen Gebührenvorschriften gegeben.

### I. Gerichtskosten.

Nach Art. 297 des Gesetzes über das Gebührenwesen in der Fassung der Bek. vom 11. November 1899 treten nunmehr die Vorschriften der Art. 7 bis 22 dieses Gesetzes an die Stelle der Art. 7 bis 25 des Gesetzes über das Gebührenwesen in der Fassung der Bek. vom 6. Juli 1892. Belangreiche materielle Aenderungen sind hiermit nicht verbunden, da Bayern auf Grund des § 13 EG. zum ZVG. durch Art. 25 des Ausf.Ges. zur GBO. und zum ZVG. die Ausführung der Versteigerung den Notaren übertragen und daher die Tätigkeit der Gerichte, ähnlich wie nach der Subh.O., auf die Entscheidung über den Antrag auf Anordnung der Zwangsvollstreckung sowie auf das Verteilungsverfahren beschränkt hat.

Da der § 755 der CPO. von 1877 aufgehoben und daher auch in § 35 Ziff. 2 des GKG. nicht mehr angeführt ist, wurde in Art. 7 des Geb.Ges. bestimmt, daß in dem Verfahren der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung von Gegenständen des unbeweglichen Vermögens im Wege der Zwangsvollstreckung neben den besonderen Vorschriften der Art. 8 bis 20 des Geb.Ges. die ergänzenden Vorschriften des GKG. Anwendung finden sollen.

Die Gebühren werden in Bruchteilen der Sätze des § 8 des GKG. erhoben und zwar:

a) $^{2}/_{10}$ für die Entscheidung, einschließlich des vorangegangenen Verfahrens, über den Antrag auf Anordnung der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung (Art. 8 Abs. 1). Dies gilt auch für die Entscheidung über den Antrag auf Zulassung des Beitritts zu dem Verfahren (§ 27 ZVG.), ferner in dem Verfahren der Zwangsversteigerung:

b) $^{5}/_{10}$ und, wenn das Verfahren vor der Erteilung des Zuschlages erledigt wird, $^{3}/_{10}$ für das Verfahren bis zur Einleitung des Verteilungsverfahrens (Art. 9 Abs. 1 Ziff. 1),

c) $^{5}/_{10}$ für das Verteilungsverfahren, falls jedoch das Verteilungsverfahren nach der Bestimmung aber vor dem Beginne des Verteilungstermins eingestellt wird oder gemäß § 144 ZVG. unterbleibt, $^{3}/_{10}$ (Art. 9 Abs. 1. Ziff. 2), weiter in dem Verfahren der Zwangsverwaltung:

d) der volle Betrag, wenn aber das Verfahren vor dem zur Aufstellung des Teilungsplanes bestimmten Termine erledigt wird, $^{5}/_{10}$. Diese Gebühren werden aus dem Werte der Forderung, für welche die Beschlagnahme erwirkt wurde, berechnet;

e) wenn das Verfahren länger als ein Jahr dauert, für jedes weitere Verwaltungsjahr $^{5}/_{10}$. Hier werden die Gebühren aus dem Betrage berechnet, der in jedem Verwaltungsjahre zur Verteilung an die Gläubiger gelangt. (Art. 11). Das Verwaltungsjahr beginnt mit dem Tage der Beschlagnahme.

Die Gebühren unter b und c werden im Falle des Zuschlages nach dem Meistgebote, in allen übrigen Fällen nach dem Werte des Gegenstandes der Zwangsversteigerung berechnet. Dabei sind mehrere Meistgebote oder Werte von Gegenständen der Zwangsversteigerung zusammenzurechnen. Ist der Betrag der Forderung, die aus dem Meistgebote zu befriedigen ist, geringer als dieses oder ist der Betrag der Forderungen, wegen deren die Zwangsversteigerung angeordnet ist, geringer als der Wert des Gegenstandes der Zwangsversteigerung, so wird die Gebühr aus der Summe der Forderungen berechnet. Für die Wertsberechnung sind gemäß § 9 GKG. die Vor-

[1]) Vgl. hiezu die in dieser Nummer auf Seite 287 veröffentlichte Entscheidung des Landgerichts München I vom 23. Mai 1905.

schriften der §§ 3 bis 9 der CPO. sowie die §§ 10 bis 17 des GKG. maßgebend; insbesondere ist gegebenen Falls der Wert des Gegenstandes der Zwangsversteigerung durch Schätzung festzustellen.

Die unter lit a bezeichneten Gebühren werden auf die Gebühren unter b angerechnet. Wenn z. B. der Gläubiger A wegen einer Forderung von 6000 Mark die Anordnung der Zwangsversteigerung, der Gläubiger B wegen einer Forderung von 3000 Mark die Zulassung des Beitritts erwirkt und für das Grundstück ein Meistgebot von 12000 Mark erzielt wird, so werden von A 14 Mk. 80 Pfg., von B 11 Mk. 20 Pfg. und von dem Ersteher des Grundstückes nicht volle 5/10 aus 100 Mark, sondern nur noch die an der Gesamtgebühr von 50 Mark fehlenden 24 Mark erhoben.

Gemäß Art. 10 ist das Versteigerungsprotokoll im Falle des Zuschlags von dem Versteigerungsbeamten mit den nämlichen Gebühren zu bewerten, wie ein Kaufvertrag (Art. 146 des GebG.). Die vom Ersteher entrichtete Gebühr ist zurückzuerstatten, wenn der Zuschlag rechtskräftig aufgehoben wird.

Da das ZVG. eine Wiederversteigerung nicht kennt, die gegen den Ersteher betriebene Versteigerung sich vielmehr als ein neues selbständiges Verfahren darstellt, wurde der bisherige Art. 14 Abs. 1 gestrichen. In dem neuen Art. 14 Abs. 1 wurde dagegen bestimmt, daß für die Entscheidung über den Antrag auf Bestimmung eines neuen Versteigerungstermins (§ 85 ZVG.) 2/10 der Sätze des § 8 GKG. erhoben werden. Diese Gebühr wird, falls dem Antrag entsprochen wird, aus dem bei der früheren Versteigerung erzielten Meistgebote, im Falle der Abweisung aber nach dem Werte der dem Antragsteller zustehenden Forderung und eventuell nach Maßgabe des § 10 GKG. berechnet.

Auf die im Falle des Zuschlags für das Versteigerungsprotokoll zu erhebende Gebühr wird, ähnlich wie bisher, die von dem früheren Ersteher für das erste Versteigerungsprotokoll gezahlte Gebühr angerechnet. Der Antragsteller hat daher in diesem Falle einen Gebührenvorschuß nicht zu entrichten; doch können die entstandenen Gebühren sofort nach der Entscheidung von der darin bezeichneten Partei ohne Anrechnung eines ihr anderweitig obliegenden Vorschusses erhoben werden (Art. 18).

Das ZVG. kennt einen besonderen Verteilungstermin im Sinne des Art. 99 Abs. 2 der Subh.O. nicht, sondern sieht in den §§ 139, 141, 157, Abs. 2 nur einen Termin zur weiteren Ausführung des Teilungsplanes vor. Für letzteren Termin werden nach dem Werte der einem Berechtigten zugeteilten Beträge, über welche im Termine verhandelt werden soll, 3/10 der Sätze des § 8 GKG. erhoben (Art. 13).

Falls das Verfahren durch einen von dem Versteigerungsbeamten beurkundeten Vergleich erledigt wird, kommen nach Art. 14 die Vorschriften über die Gebühren für Urkunden und Ausfertigungen der Notare (Abt. IV Abschn. III des Geb.G.) zur Anwendung. Gleiches gilt von den im Verfahren vor dem Versteigerungsbeamten beurkundeten Vereinbarungen und Erklärungen, soweit deren Inhalt über den Gegenstand oder Zweck des Verfahrens hinausgeht (Art. 14). Eine notarielle Urkunde, in welcher ein Hypothekengläubiger den Ersteher als alleinigen Schuldner übernimmt, ist nach Art. 145 mit 3 vom Tausend der Gegenstandssumme, sofern jedoch der Wertsgegenstand den Betrag von 2000 Mark nicht übersteigt, mit 2 1/2 vom Tausend der Gegenstandssumme zu bewerten (Samml. 14 S. 734). Falls bei einer Hypothek die Zahlungsbestimmungen geändert werden, ist gemäß Art. 145 Geb.G. die verhältnismäßige Gebühr von 3 vom Tausend der Gegenstandssumme zu entrichten. (Neue Samml. 5 S. 370 ff.)

Die Kosten einer Veröffentlichung des Versteigerungstermins sowie die Gebühren eines etwa zugezogenen Ausrufers zählen zu den Auslagen im Sinne des § 79 GKG.

Derjenige Gläubiger, auf dessen Antrag die Anordnung der Zwangsversteigerung erfolgt, hat nach Art. 16 außer dem Gebührenvorschuß auf Erfordern auch einen Auslagenvorschuß zu erlegen, welcher zur Deckung der mit dem Verfahren bis zur Einleitung des Verteilungsverfahrens verbundenen Auslagen ausreicht. Er haftet nach Art. 19 Abs. 1 für die aus der Masse zu deckenden Gebühren und Auslagen, soweit sie nicht aus deren Bestand entrichtet werden können. Mehrere Antragsteller haften gemäß Art. 16 Abs. 2 für die Vorschüsse als Gesamtschuldner, für die Ausfälle gemäß Art. 19 Abs. 2 nach dem Verhältnisse ihrer Forderungen.

Die vorerwähnten Vorschriften finden bei den übrigen in dem ZVG. und dem Ausf.G. hiezu geregelten Fällen der Zwangsversteigerung entsprechende Anwendung. (Art. 22.)

Da der Zuschlag gemäß § 90 ZVG. nicht mehr auf Antrag, sondern nur noch im Wege der Beschwerde aufgehoben werden kann, hier aber § 45 GKG. Platz greift, wurde Art. 13 des bisherigen Geb.G. als entbehrlich gestrichen. Das Gleiche geschah bezüglich des Art. 15, weil das ZVG. die gerichtliche Beurkundung eines Uebereinkommens über die Verteilung im Sinne des Art. 95 Abs. 1 der Subh.O. nicht kennt, sondern gemäß § 143 von der gerichtlichen Verteilung des Erlöses nur dann absieht, wenn dem Gerichte durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird, daß sich die Beteiligten über die Verteilung des Erlöses geeinigt haben. Art. 17 und Art. 18 kamen in Wegfall, weil andere als die im Geb.G. und dem GKG. bezeichneten Gebühren nicht zur

Erhebung zu gelangen haben. Zur Beseitigung aller Zweifel wurde jedoch in Art. 20 bestimmt, daß für die von dem Vollstreckungsgericht auf Grund des § 130 ZVG. veranlaßte Tätigkeit des Grundbuchamtes, mit Ausnahme der Eintragung des Erstehers als Eigentümer, also für die Löschung des Versteigerungsvermerks, die Eintragung der Sicherungshypothek für die Forderung gegen den Ersteher usw. Gebühren nicht erhoben werden.

### II. Gebühren und Auslagen der Notare.

Gemäß Art. 107 der Not.Geb.O. vom 28. Dezember 1899 (G. u. VBl. S. 1183 ff.) treten die Vorschriften dieser Verordnung für jeden Grundbuchbezirk mit dem Zeitpunkt in Kraft, in welchem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist.

Der Notar erhält gemäß Art. 52 der VO. für seine gesamte Tätigkeit im Verfahren bis zum Versteigerungstermin mit Einschluß der Beurkundung von Verträgen, Erklärungen und Vereinbarungen der Beteiligten eine Gebühr von 15 Mark, welche mit der Bestimmung des Versteigerungstermins anfällt. Die Gebühr entfällt, wenn das Verfahren vor der Bestimmung des Versteigerungstermins eingestellt oder aufgehoben wird. Für die Versteigerung selbst einschließlich der Beurkundung und der Erteilung des Zuschlages erhält der Notar nach Art. 23 der VO. die anderthalbfache Wertgebühr, die nach den Einzelpreisen berechnet wird, wenn der Zuschlag auf die für die einzelnen Grundstücke gelegten Gebote erteilt wird. Die sog. Wertgebühr ist in Art. 12 der VO. verschieden abgestuft. Die einfache Wertgebühr beträgt z. B. bei Gegenständen im Werte bis zu 100 Mark 1 Mark, von mehr als 1500 bis 1800 Mark 9 Mark, von mehr als 4800 bis 5700 Mark 18 Mark, von mehr als 16000 bis 18000 Mark 36 Mark, von mehr als 47000 bis 50000 Mark 60 Mark. Die ferneren Wertklassen steigen um je 10000 Mark und die Gebühren um je 6 Mark; beträgt der Wert des Gegenstandes mehr als 400000 Mark, so steigt die Gebühr von da ab nur mehr um je 1 Mark in jeder Klasse.

Wenn unter Versagung des Zuschlages ein neuer Versteigerungstermin bestimmt wird, so erhält der Notar für das Verfahren bis zu dem neuen Versteigerungstermin gemäß Art. 53 eine Gebühr von 5 Mark.

Außerdem erhält der Notar nach Maßgabe der Art. 83 bis 96 der VO. Tagegelder sowie Ersatz der Reisekosten, ferner die in dem 7. Abschn. der VO. näher geregelten Schreibgebühren.

Nach § 2 der VO. vom 15. September 1879 (G. u. VBl. S. 1183 ff.) erhielt der Notar für den Betrieb des Verfahrens 10 Mark, im Falle einer wiederholten Versteigerung und einer Wiederversteigerung 5 Mark. (Schluß folgt.)

---

## Kann bei der Uebertragung der Forderung der neue Gläubiger das Verlangen des Schuldners auf Aushändigung einer Abtretungsurkunde durch Sicherheitsleistung abwenden?

Von Landgerichtsrat **Erich Aron** in Straßburg i. Els.

Durch die auf Uebertragung der Forderung gerichtete Willenseinigung der Vertragschließenden geht die Forderung von dem bisherigen Gläubiger auf einen neuen über, ohne daß es einer weiteren Rechtshandlung bedarf (§ 398 BGB.), der neue Gläubiger ist ohne weiteres der Rechtsnachfolger des bisherigen. Eine Signifikation oder Denunziation ist nicht erforderlich. Verlangt der neue Gläubiger von dem Schuldner Erfüllung, so muß der letztere sich entweder auf seine Gefahr mit ihm einlassen oder es auf einen Prozeß ankommen lassen, in welchem der Nachweis des Gläubigerrechts erbracht wird. Zum Schutze des Schuldners gegen eine nochmalige Inanspruchnahme durch den bisherigen Gläubiger hat aber das BGB. wie die bisherige Gesetzgebung Vorschriften getroffen. Der I. Entwurf in § 308 bestimmte, daß im Falle der Klage, wenn dem Schuldner weder die Uebertragung der Forderung von dem bisherigen Gläubiger angezeigt, noch von dem Gläubiger eine öffentlich beglaubigte Urkunde vorgelegt ist, welche die Uebertragung durch den bisherigen Gläubiger enthält, die Kosten, die durch das Bestreiten der Uebertragung erwachsen, nicht dem Beklagten zur Last fallen, wogegen der Schuldner die Kosten zu tragen hat, wenn die Bestreitung der Sachlegitimation keine besonderen Kosten verursachte und er den Anspruch auch aus anderen Gründen bekämpfte. Daneben hatte der Schuldner das Recht zur Hinterlegung der geschuldeten Leistung, wenn der neue Gläubiger seine Legitimation nicht in der oben angegebenen Weise dartat. Der Schuldner brauchte sich also nicht mit dem neuen Gläubiger einzulassen, wenn er nicht den Nachweis der Uebertragung in der angegebenen Weise erbrachte, er konnte es auf einen Rechtsstreit ankommen lassen, in welchem der Gläubiger seine Legitimation mit den sonst zulässigen Beweismitteln erbringen konnte, nur trafen ihn die Kosten.

Die II. Kommission erachtete diese Regelung nicht für praktisch: sie nötige den Schuldner die Zession lediglich zu diesem Zwecke, um sich gegenüber späteren Ansprüchen des ursprünglichen Gläubigers zu sichern, selbst in solchen Fällen zu bestreiten, in denen er keinen Zweifel darüber habe, daß sie erfolgt sei, und verweise ihn, indem sie die Streitverkündigung erfordere, auf ein Mittel, dessen Benützung besondere Rechtskenntnis voraussetze und mit Kosten verbunden sei. Es wurde daher der Antrag angenommen, dem Schuldner das Recht zu geben, die Leistung an den neuen Gläubiger solange zu verweigern, bis ihm entweder die Abtretung von

dem bisherigen Gläubiger schriftlich angezeigt sei oder von dem Zessionar eine Abtretungsurkunde des bisherigen Gläubigers (Zedenten) ausgehändigt werde; dadurch sei der Schuldner dem bisherigen Gläubiger gegenüber in jeder Richtung gesichert. Der § 410 BGB., welcher diesem Antrag entspricht, bestimmt daher:

„Der Schuldner ist dem neuen Gläubiger gegenüber zur Leistung nur gegen Aushändigung einer von dem bisherigen Gläubiger über die Abtretung ausgestellten Urkunde verpflichtet. Eine Kündigung oder eine Mahnung des neuen Gläubigers ist unwirksam, wenn sie ohne Vorlegung einer solchen Urkunde erfolgt und der Schuldner sie aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung, wenn der bisherige Gläubiger dem Schuldner die Abtretung schriftlich angezeigt hat."

In der II. Kommission wurde im Anschluß hieran die Frage erörtert, daß die Befugnis des Schuldners, die Leistung zu verweigern, ihrem Wesen nach ein Zurückbehaltungsrecht sei, welches vom Zessionar durch Sicherheitsleistung abgewendet werden könne. Es wurde jedoch abgelehnt, diese Frage dahin zu entscheiden, ob es sich um ein Zurückbehaltungsrecht wegen eines fälligen Anspruchs des Schuldners auf Aushändigung einer Abtretungsurkunde handle oder ob lediglich die Leistungspflicht von der Aushändigung einer solchen Urkunde abhängig sei. Es wurde dabei hervorgehoben, die Zulässigkeit der Sicherheitsleistung sei insbesondere in solchen Fällen von Wichtigkeit, in denen die Abtretung mündlich erfolgt sei und der neue Gläubiger die Erfüllung der dem bisherigen Gläubiger nach § 403 BGB. obliegenden Verpflichtung, eine öffentlich beglaubigte Urkunde auszustellen, deshalb nicht erreichen könne, weil der bisherige Gläubiger abwesend sei. Ist demnach die Zession an sich an keine Form geknüpft, so wird der Zessionar zur Vermeidung von Weitläufigkeiten sich stets eine öffentlich beglaubigte Abtretungsurkunde aushändigen lassen, wenn nicht der Zedent dem Schuldner die Abtretung schriftlich angezeigt hat.

Welche Bedeutung hat das Verlangen des Schuldners auf Aushändigung der Abtretungsurkunde? Diese Frage ist bestritten. Nach der einen Ansicht ist die Verweigerung der Leistung bis zur Aushändigung der Urkunde eine Ausübung des Zurückbehaltungsrechts, während nach der anderen Ansicht nur die Leistungspflicht von der Aushändigung abhängig ist. Nach der ersteren Ansicht hat nach § 273 Abs. 2 BGB. im Prozeß die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts die Wirkung, daß der Schuldner zur Leistung nur gegen Empfang der Abtretungsurkunde (Erfüllung Zug um Zug) zu verurteilen ist. Der Gläubiger kann aber die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abwenden und kann auf diese Weise bei einem säumigen Schuldner rascher zur Erfüllung der Verbindlichkeit gelangen.

Dieser Ansicht ist jedoch nicht beizutreten. Der § 273 setzt für die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts voraus, daß ein fälliger Anspruch dem anderen Teile zusteht, sei es aus demselben rechtlichen Verhältnis, sei es wegen Verwendungen auf die herauszugebende Sache oder wegen eines dadurch verursachten Schadens. Der Schuldner muß also einen fälligen Anspruch haben, er muß selbständig vorgehen können. Ein Anspruch liegt aber nur vor, wenn das Recht, eine Leistung zu fordern, gegen eine bestimmte Person begründet ist (vgl. Planck, Das Recht der Schuldverhältnisse S. 52), bei einer Forderung demnach, sobald die Forderung begründet ist. Der Schuldner muß also im gegebenen Falle ein selbständiges Recht auf Aushändigung der Abtretungsurkunde haben. Der Schuldner hat dieses Recht aber erst, wenn der neue Gläubiger Erfüllung von ihm verlangt. Solange er nichts fordert, ist er auch dem Schuldner zu nichts verpflichtet. Die Aushändigung der Abtretungsurkunde bezweckt nur die Sicherung des Schuldners, und diese Sicherung kann auch dadurch erfolgen, daß der Zedent an den Schuldner eine schriftliche Anzeige von der Uebertragung der Forderung erstattet. Ein selbständiges Recht des Schuldners, von dem neuen Gläubiger die Abtretung der Urkunde zu verlangen, besteht daher nicht, da der frühere Gläubiger das Verlangen des Schuldners nach einer Urkunde durch die schriftliche Anzeige von der Uebertragung ohne weiteres hinfällig machen kann. Besteht kein selbständiger Anspruch, so hat der Schuldner auch kein Zurückbehaltungsrecht und folgeweise kann der Gläubiger durch Sicherheitsleistung das Verlangen des Schuldners nach einer Urkunde nicht abschneiden. Dieses Verlangen des Schuldners ist nur als eine Einschränkung seiner Leistungspflicht anzusehen; der Schuldner verlangt eine Sicherheit gegen eine nochmalige Inanspruchnahme und diese Sicherheit hat er, wenn ihm der Zedent keine schriftliche Anzeige gemacht hat, nur durch Vorlegung und Aushändigung einer Abtretungsurkunde vor der Leistung. Dieses Verlangen gewährt ihm nur eine verzögerliche Einrede, indem er die Leistung solange verweigern darf, bis ihm die Urkunde ausgehändigt wird. Das Verhältnis ist hier ein anderes als im Fall des § 368 BGB., wo der Gläubiger gegen Empfang der Leistung auf Verlangen ein schriftliches Empfangsbekenntnis (Quittung) zu erteilen hat. Hier steht das Recht des Schuldners, eine Quittung zu verlangen, seiner Pflicht zur Zahlung gegenüber, es ist ein selbständiges Recht; es geht dies aus der Ausdrucksweise des Gesetzes hervor. Im Fall der Zession dagegen sind das Recht des Schuldners auf Aushändigung einer Urkunde und seine Pflicht auf Leistung einander nicht gegenübergestellt, vielmehr sagt das Gesetz nur: „Der Schuldner ist zur Leistung ... gegen Aushändigung einer Abtretungsurkunde verpflichtet". Es geht dies auch aus der

weiteren Vorschrift des § 410 hervor, wonach eine Kündigung oder eine Mahnung des neuen Gläubigers unwirksam ist, wenn sie ohne Vorlegung einer solchen Urkunde erfolgt und der Schuldner sie aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist.

Wie stellt sich nun in einem Rechtsstreit der Erfolg dieser Einrede? Verlangt der Schuldner in dem Rechtsstreit die Abtretungsurkunde, so kann die Einrede noch dadurch beseitigt werden, daß der frühere Gläubiger dem Schuldner nachträglich die Abtretung schriftlich anzeigt. Ist dieses nicht der Fall, so hat die Einrede zwar nicht den Erfolg, daß der Gläubiger abzuweisen ist, da die Einrede nur solange wirkt, als der Gläubiger die Urkunde nicht aushändigt, sie steht dem Anspruch des Gläubigers nicht dauernd gegenüber. Der § 274 BGB. ist aber analog zur Anwendung zu bringen. Das Urteil muß daher dahin lauten: der Schuldner ist zur Leistung gegen Aushändigung einer Abtretungsurkunde zu verurteilen (Verurteilung zur Leistung Zug um Zug). Der Gläubiger kann auf Grund dieser Verurteilung seinen Anspruch ohne Bewirkung der ihm obliegenden Aushändigung der Urkunde im Wege der Zwangsvollstreckung verfolgen, wenn der Schuldner im Verzug der Annahme ist. Händigt der Gläubiger dem mit der Zwangsvollstreckung beauftragten Gerichtsvollzieher mit der vollstreckbaren Ausfertigung des Urteils die Abtretungsurkunde ein und bietet der Gerichtsvollzieher diese dem Schuldner tatsächlich an, so kann der Gerichtsvollzieher sofort, wenn der Schuldner die Annahme grundlos verweigert und in Annahmeverzug gerät, ohne weiteres die geschuldete Leistung auf Grund des Urteils beitreiben.

Macht dagegen der Schuldner in dem Rechtsstreit selbst die Einrede nicht geltend, so kann er im Zwangsvollstreckungsverfahren, wenn die Leistung vom Gerichtsvollzieher im Auftrage des neuen Gläubigers beigetrieben wird, die Leistung nicht von der Aushändigung der Abtretungsurkunde abhängig machen, er ist mit der verzögerlichen Einrede in Gemäßheit des § 767 Abs. 2 CPO. ausgeschlossen. Er kann die Einwendung nicht im Wege der Vollstreckungsgegenklage vorbringen, da sie bereits in dem Rechtsstreit selbst hätte geltend gemacht werden können.

Der Schuldner übt demnach, wenn er im Rechtsstreit das Verlangen einer Abtretungsurkunde stellt, nicht ein ihm zustehendes Zurückbehaltungsrecht aus, welches er durch Sicherheitsleistung abwenden könnte, sondern er hat nur eine verzögerliche Einrede, wodurch er die Einschränkung seiner Leistungspflicht geltend machen muß. Unterläßt er das Vorbringen dieser Einrede, so ist er damit im Zwangsvollstreckungsverfahren ausgeschlossen und es ist dann anzunehmen, daß er auf sie verzichtet oder sichere Kenntnis von der Uebertragung der Forderung gehabt hat und keine nochmalige Inanspruchnahme fürchtet. Ein weiterer Schutz ist dem Schuldner durch den § 94 CPO. gewährt, wonach der Gläubiger, wenn er einen auf ihn übergegangenen Anspruch geltend macht, ohne daß er vor Erhebung der Klage dem Schuldner den Uebergang der Forderung mitgeteilt und auf Verlangen nachgewiesen hat, die Prozeßkosten insoweit zu tragen hat, als sie dadurch entstanden sind, daß der Schuldner durch die Unterlassung der Mitteilung oder des Nachweises veranlaßt worden ist, den Anspruch, d. h. die Aktivlegitimation des Gläubigers, zu bestreiten.

---

# Mitteilungen aus der Praxis.

**Pfändbarkeit von Pfandscheinen oder des Anspruchs auf deren Herausgabe.** Nach herrschender Meinung sind Pfandscheine nicht Papiere mit selbständigem Vermögenswert, nicht Träger des durch sie ausgewiesenen Rechtes auf Rückgabe der Pfandsache, sondern lediglich Legitimationspapiere, die nur zum Beweise des in ihnen verbrieften Rechtes dienen sollen (Komm. z. CPO. von Gaupp-Stein sowie von Neumiller Anm. zu § 821 CPO.; Zeitschrift für Vollstreckungswesen Jahrg. 1894 S. 23; Dernburg, Bürgerliches Recht Bd. III S. 818; anderer Ansicht eine Entsch. des Oberst.LG., abgedruckt in Bd. 16 S. 244 der Sammlung von Entscheidungen dieses Gerichts). Die Leihanstalt will sich bei Ausstellung des Pfandscheins nicht, wie es bei Inhaberpapieren Voraussetzung, jedem Inhaber des Scheines als solchem gegenüber verpflichten, sondern nur dem Inhaber die Legitimation und sich die Prüfung dieser Legitimation erleichtern. Der hier vertretene Standpunkt wird auch von dem preußischen Gesetz vom 17. März 1881 über die gewerbsmäßige Pfandleihe sowie von dem Statut für die städtische Leihanstalt in München eingenommen. Aus dem § 12 des letztgenannten Statuts geht deutlich hervor, daß der Pfandschein dieser Leihanstalt nicht Inhaberpapier sein, sondern lediglich der Anstalt die Prüfung der Legitimation erleichtern soll; es heißt zwar: „wer den Pfandschein überbringt, wird ohne allen weiteren Nachweis als zur Erhebung des Pfandes ermächtigt angesehen", es wird aber dann weiter bestimmt, unter welchen Voraussetzungen an eine Person, die nicht im Besitze des Pfandscheines ist, der Pfandgegenstand herausgegeben werden kann. Daraus folgt, daß der Pfandzettel nicht Träger des Rechts sein kann. Es müßte sonst auch im Falle des Verlustes das Amortisationsverfahren stattfinden, während das oben zitierte Statut andere Behelfe bietet. Da Pfandscheine demnach Legitimationspapiere sind, ist die Folge, daß sie für die Zwangsvollstreckung nicht als Wertpapiere im Sinne des § 821 CPO., vielmehr lediglich als bewegliche körperliche Sachen zu gelten haben (vgl. Falkmann die Zwangsvollstreckung 1. Aufl. S. 216). Für die Zwangsvollstreckung wären daher an sich die Bestimmungen der Zivilprozeßordnung über die Pfändung beweglicher körperlicher Sachen und für die Verwirklichung des Anspruchs auf Herausgabe solcher Scheine der § 847 CPO. anzuwenden, wenn dem nicht die Bestimmung des § 803 Abs. 2 CPO. hier entgegenstünde. Denn als Versteigerungsobjekte sind Pfandscheine, die ja, da bloß Beweisurkunden, an denen das Recht selbst nicht hängt, völlig ungeeignet sind, irgendwie zur Befriedigung des Gläubigers zu führen, wertlos (vgl. Planck, Lehrbuch des deutschen

Zivilprozeßrechts Bd. II § 181 Anm. 10). Dem kann nicht entgegenstehen, daß Pfandscheine tatsächlich gehandelt werden; denn mit den Scheinen wird in solchen Fällen eben stets — sei es auch nur stillschweigend — das Recht selbst veräußert. Wenn Pfandscheine gepfändet werden sollen, so kann dies nur im Wege des § 836 Abs. 3 CPO. geschehen. Der Weg, den der Gläubiger einschlagen muß, ist der, daß er zunächst den dem Schuldner gegen die Leihanstalt zustehenden Anspruch auf Herausgabe der Pfandsache pfänden und sich überweisen und sodann auf Grund dieser Ueberweisung die Beweisurkunden d. h. die Pfandscheine dem Schuldner wegnehmen läßt. Dem nicht zur Herausgabe bereiten Dritten gegenüber muß er seinen Anspruch im Klagewege verfolgen (vgl. Gaupp-Stein, Komm. zur CPO. 5. Aufl. Anm. III zu § 836).

Amtsrichter Werr in München.

---

**Zwei Meineide besser als einer.** Die Ausführungen in Nr. 7 S. 175 der Zeitschrift geben zu einigen Bemerkungen Anlaß. Es wird bei diesen von dem Falle ausgegangen, daß ein Zeuge oder Sachverständiger in einer Sache zweimal denselben Meineid leistet, etwa in der 1. und in der 2. Instanz, und daß ihm nur bezüglich des zweiten Meineides der Strafminderungsgrund des § 157 Ziff. 1 StGB. deshalb zugute kommt, weil er nunmehr bei Angabe der Wahrheit sich der Gefahr einer Verfolgung wegen des ersten Meineides aussetzen würde. Der a. a. O. versuchte Nachweis, daß hier die Annahme eines fortgesetzten Verbrechens durch die Zuerkennung des § 157 begrifflich ausgeschlossen sei, dürfte kaum gelungen sein. Die Argumentation, daß durch die Anwendung des § 157 das Vorliegen eines neuen Entschlusses des Täters, nämlich des Entschlusses, jetzt wieder die Unwahrheit zu sagen, damit der erste Meineid nicht ruchbar werde, dargetan werde, kann wohl in den Fällen zutreffen, in welchen die Zubilligung des § 157 auch erkennbar gewordenen subjektiven Momenten, Gedanken und Absichten des Täters Rechnung trägt; sie muß aber nicht zutreffen. Denn es ist denkbar, daß der Täter von Anfang an, geleitet von einem bestimmten Beweggrunde, den Vorsatz faßt, in der Sache, in der er Zeugschaft ablegen oder ein Gutachten abgeben soll, die Unwahrheit zu bekunden, ganz gleichgültig, vor welcher Behörde und wie oft er vernommen werde. Wo sich ein derartiger einheitlicher Vorsatz feststellen oder wenigstens annehmen läßt, müssen die mehreren auf ihm beruhenden Eidesverletzungen als ein fortgesetztes Verbrechen angesehen werden. Damit ist wohl vereinbar, daß der einzelne Begehungsakt noch auf einem besonderen, durch die ihn begleitenden Umstände hervorgerufenen Entschlusse beruht (s. Goltdammer Archiv 44, S. 47); es kann die Absicht, den ersten Meineid nicht aufkommen zu lassen, zu dem vorgefaßten Vorsatz hinzugekommen sein, sie stört aber die Fortwirkung, also die Einheitlichkeit nicht. Nun findet aber bekanntlich der § 157 Nr. 1 auch dann Anwendung, wenn der Täter bei Leistung des zweiten Meineides von der objektiv vorhandenen Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung des ersten Meineides keine Kenntnis hat (s. RG. 23, 149). Darf sonach bei der Frage der Anwendbarkeit des § 157 auf den subjektiven Grund des zweiten Meineides keine Rücksicht genommen und der Entschluß des Täters, den ersten Meineid behufs Verhütung einer Strafverfolgung nicht aufkommen zu lassen, nicht als Voraussetzung der Zuerkennung des Strafminderungsgrundes aufgestellt werden, so darf anderseits auch aus der Tatsache der erfolgten Zuerkennung nicht auf den Entschluß des Täters beim zweiten Meineid geschlossen werden. Die a. a. O. gewählte Beweisführung ist demnach nicht nur nicht zwingend, sondern sie ist sogar unzulässig. — Wichtiger für die Rechtsanwendung ist die weitere in den Ausführungen behandelte Frage, ob dem eines fortgesetzten Meineides Schuldigen die Strafminderung des § 157 Nr. 1 zuzubilligen ist. Die Frage ist verneint, aber ohne Begründung. Als eine solche kann der Satz nicht betrachtet werden, daß die Annahme eines fortgesetzten Deliktes durch die Tatsache nicht ausgeschlossen werde, daß eine auf einheitlichem Entschlusse beruhende Handlung teilweise mit qualifizierenden Merkmalen begangen wurde; denn er enthält weiter nichts als die Anerkennung der im ersten Teile der Ausführungen bekämpften Anschauung, daß trotz der Zuerkennung des § 157 für den zweiten Meineid dennoch ein fortgesetztes Verbrechen des Meineides vorliegen kann. Zweifellos darf die Verneinung der Frage als eine Forderung des gesunden Menschenverstandes bezeichnet werden, allein damit ist man der Aufgabe nicht überhoben, für sie auch rechtliche Gründe beizubringen, da bei der für den Gesetzgeber bestehenden Unmöglichkeit, alle Folgeerscheinungen seiner Rechtssätze zu berücksichtigen, nicht immer das dem Rechtsgefühl Entsprechende auch mit dem positiven Rechte übereinstimmt. Einen durchschlagenden Grund für die Verneinung der Frage gewinnt man aus dem Zusammenhalten der Vorschrift des § 157 Nr. 1 mit den über die Natur des fortgesetzten Verbrechens bestehenden Grundsätzen. Der § 157 Nr. 1 verlangt, daß die Angabe der Wahrheit für den des Meineids Schuldigen die Gefahr einer Verfolgung wegen Verbrechens oder Vergehens begründen konnte, daß also der Meineidige mit Angabe der Wahrheit eine direkte oder indirekte Selbstbezichtigung vorgenommen hätte. Er setzt somit voraus, daß der Täter außer dem jetzt abzuurteilenden Meineide und vor diesem eine Tat begangen hat, die sich entweder in Wirklichkeit als ein Verbrechen oder Vergehen darstellt oder doch als eine solche strafbare Handlung angesehen werden kann. Der Meineid muß tatsächlich, wenn auch nicht nach der Absicht des Schwörenden, diese vorausgegangene Tat verbergen. Eine solche Tat nun fehlt bei dem fortgesetzten Meineide der hier angenommenen Beschaffenheit. Außer dem Meineide und vor diesem hat der Täter nichts verübt, was durch die Verschweigung der Wahrheit verheimlicht werden könnte. Es geht nicht an, den fortgesetzten Meineid selbst in seine Einzelhandlungen zu zerlegen, die eine Handlung zur anderen in gewisse Beziehungen zu setzen und den einen Tätigkeitsakt als eine dem anderen vorausgegangene Straftat zu behandeln. Es liegt nur eine Straftat vor und diese muß in allen rechtlichen Beziehungen als Einheit behandelt werden; die einzelnen Tätigkeitsäußerungen sind nur Erscheinungsformen der einen strafbaren Handlung, nicht selbständige strafbare Handlungen und treten in jeder Hinsicht nur als Teile der einheitlichen Tat auf. Es unterscheidet sich sonach der fortgesetzte Meineid bei der rechtlichen Beurteilung nicht von einem einzigen ununterbrochenen Tun. Stellt man sich auf den Boden dieser vom Reichsgerichte (Entsch. Bd. 9 S. 344, Bd. 15 S. 370, Rspr. IX S. 183) vertretenen Auf-

fassung vom fortgesetzten Delikte, so kann man unmöglich die tatsächliche Voraussetzung für die Anwendung des § 157 als gegeben erachten. — Aber auch mit deren Annahme kommt man nicht dazu, dem eines fortgesetzten Meineides Schuldigen die Strafminderung des § 157 zuzubilligen. Das Strafgesetzbuch enthält bekanntlich keine Vorschriften über die Strafzumessung beim fortgesetzten Delikt. Es muß deshalb die Bildung der zu verhängenden einzigen Strafe durch sinngemäße Anwendung der Vorschriften des StGB. geschehen, welche von dem Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen und deren Belegung mit einer Strafe handeln, d. i. der §§ 73 und 74. Der § 74 scheidet von vorneherein aus, da er von mehreren Verbrechen, begangen durch mehrere selbständige Handlungen, spricht. Es bleibt also nur übrig, die Grundsätze des § 73 auf das fortgesetzte Verbrechen analog anzuwenden, und das geschieht auch in Theorie und Praxis (s. Olshausen § 73 Nr. 22, Oppenhoff § 74 Nr. 7a; Liszt, Lehrb. d. Deutschen Strafr. (13. Aufl.), § 55 Anm. 2; Berner, Lehrb. d. Deutschen Strafr. (18. Aufl.) § 149; RGEntsch. Bd. 20 S. 226, Bd. 31 S. 150; Rspr. X S. 333). Nach diesen Grundsätzen müssen, wie das Reichsgericht eine aus einfachen Mißhandlungen und Körperverletzungen mittels gefährlichen Werkzeuges zusammengesetzte fortgesetzte Körperverletzung als eine nach § 223a zu ahndende Tat und einen aus einfachen und schweren Diebstählen bestehenden fortgesetzten Diebstahl als schweren Diebstahl behandelte, beim Zusammentreffen der Strafsätze des § 154 und des § 157 die schwereren des § 154 allein zur Anwendung kommen. So hat auch das Reichsgericht unter Anziehung des § 73 in einem Urteil vom 2. Februar 1903 (mitgeteilt in Goltd. Arch. 50 S. 133) in einem Falle entschieden, in welchem die Selbständigkeit zweier Meineidshandlungen von den Geschworenen verneint und die Voraussetzungen des § 157 Nr. 1 nur für die zweite Handlung bejaht worden waren. — Es soll nun noch die prozessuale Behandlung des § 157 Nr. 1 beim fortgesetzten Meineid erörtert werden. Der § 157 schafft einen Strafminderungsgrund im Sinne des § 262 StPO., über dessen Vorliegen im schwurgerichtlichen Verfahren gemäß § 295 StPO. die Geschworenen durch Beantwortung einer Nebenfrage zu entscheiden haben. Das Gericht wird von selbst die Nebenfrage nicht stellen, wenn es der oben vertretenen Anschauung ist, daß der § 157 keine Anwendung findet. Es fragt sich, ob es auch einen Antrag auf Vorlegung der Nebenfrage ablehnen kann. Zweifellos nicht. Nach § 296 StPO. kann die beantragte Stellung einer Nebenfrage nur aus Rechtsgründen abgelehnt werden; das Gericht hat nur zu prüfen, ob die Nebenfrage gesetzlich zulässig und rechtlich nicht bedeutungslos ist, nicht aber, ob das konkrete Sachverhältnis geeignet ist, den behaupteten Strafminderungsgrund darzustellen (s. Dalcke, Fragestellung rc. S. 16, 94). Daß auch beim fortgesetzten Meineid die Frage aus § 157 Nr. 1 rechtlich zulässig und, ihre Bejahung vorausgesetzt, für die Entscheidung erheblich ist, bedarf keiner Erörterung; wollte das Gericht ihre tatsächliche Voraussetzung verneinen, so würde es sich auf das Gebiet der Sachentscheidung begeben. Es kann dies umsoweniger tun, als die Geschworenen nicht etwa darauf beschränkt sind, die Gefahr einer Strafverfolgung für den Meineidigen aus der Begehung des ersten Meineidsaktes abzuleiten, selbst wenn die Verteidigung bei Stellung des Antrages auf die Nebenfrage oder bei den an die Fragestellung sich anschließenden Ausführungen sich darauf beschränken sollte, sondern irgend welche andere, außerhalb des Meineides liegende Tatumstände als Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 157 annehmen können. — Behandelt schon der Eröffnungsbeschluß die zwei Meineidsakte als eine fortgesetzte Tat, so bietet die Fragestellung keine Schwierigkeiten: Fr. I: „Ist N. N. schuldig, durch eine einzige fortgesetzte Handlung a) am 5. März 1905 vor dem Gerichte X, b) am 5. April 1905 vor dem Gerichte Y den vor seiner Vernehmung geleisteten Eid usw. verletzt zu haben?" Wird Frage I bejaht, so ist zu beantworten Fr. II: „Konnte die Angabe der Wahrheit usw. (§ 157, 1)?" Nicht so einfach gestaltet sich diese, wenn der Eröffnungsbeschluß zwei selbständige, sachlich zusammentreffende Verbrechen des Meineides angenommen hatte und erst auf Grund der Hauptverhandlung Anlaß zur Zusammenfassung der beiden Meineide zu einem fortgesetzten Verbrechen entstanden ist. Im Einklang mit dem Eröffnungsbeschluß müssen zunächst den Geschworenen zwei Hauptfragen vorgelegt werden, welche zwei real konkurrierende Verbrechen behandeln: Fr. I: erster Meineid; Fr. II: zweiter Meineid. Die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes muß durch eine Hilfsfrage zum Ausdruck gebracht werden: „Für den Fall der Bejahung der Fragen I und II ist zu beantworten: Stellen sich die in diesen Fragen bezeichneten Handlungen als eine einzige, fortgesetzte Straftat dar?" Wie steht es nun mit der Nebenfrage aus § 157 Nr. 1? Sie ist für den zweiten Meineid begründet und kann sofort der Frage II angereiht werden. Sie äußert jedoch alsdann keine Wirkung auf die Hilfsfrage und es muß nicht etwa im Falle ihrer Bejahung dem fortgesetzten Verbrechen, wenn ein solches angenommen wird, ohne weiteres die Strafminderung zugebilligt werden. Vielmehr muß, wenn der Angeklagte auch bezüglich des fortgesetzten Meineides den § 157 für sich in Anspruch nimmt, die Nebenfrage aus diesem für die Hilfsfrage wiederholt werden. Bei einer solchen Art der Fragestellung ist, falls ein fortgesetztes Verbrechen angenommen wird, die Beantwortung der zur Frage II gestellten Nebenfrage überflüssig und zwecklos, es kann auch über die Bedeutung dieser Frage für die Entscheidung bei dem Angeklagten sowohl als bei den Geschworenen leicht ein Irrtum aufkommen. Es dürfte sich deshalb folgende Anordnung der Fragen empfehlen: Fr. I: erster Meineid; Fr. II: zweiter Meineid; Fr. III: (zu beantworten für den Fall der Bejahung der Fr. I und II): „Stellen die in den Fragen I und II bezeichneten Handlungen eine einzige, fortgesetzte Straftat dar?" Fr. IV (zu beantworten für den Fall der Bejahung der Fr. III): „Konnte die Angabe der Wahrheit usw. (§ 157 Nr. 1)?" Fr. V (zu beantworten für den Fall der Verneinung der Fr. III): „Konnte die Angabe der Wahrheit in dem in der Frage II behandelten Falle usw. (§ 157 Nr. 1)?"

II. Staatsanwalt Dr. Bezold in Augsburg.

---

**Zu §§ 447, 448 StPO.** Ein Amtsanwalt hatte an das Amtsgericht den Antrag gestellt, gegen N. N. wegen einer Anzahl baupolizeilicher Uebertretungen mittels Strafbefehls eine Geldstrafe festzusetzen und der Polizeibehörde die Befugnis zur Beseitigung des

ordnungswidrigen Zustandes zuzusprechen, das Amtsgericht hat gemäß § 448 Abs. 2 StrPO. beschlossen: es sei ein Strafbefehl nicht zu erlassen, die Sache sei vielmehr zur Hauptverhandlung zu bringen, da es unzulässig sei, durch Strafbefehl die Beseitigungsbefugnis auszusprechen. Gegen diesen Beschluß hat der Amtsanwalt die sofortige Beschwerde eingelegt, da die Ansicht des Amtsgerichts bezüglich der Anordnung der Beseitigungsbefugnis unzutreffend sei. Die Beschwerde wurde von der Strafkammer mit folgender Begründung verworfen: „Trägt der Amtsrichter Bedenken, einen Strafbefehl zu erlassen, und beschließt, die Sache zur Hauptverhandlung zu bringen, so ersetzt der amtsanwaltschaftliche Antrag die Anklageschrift, der Beschluß des Amtsrichters den Eröffnungsbeschluß. So wenig aber der gemäß § 202 StrPO. erlassene Eröffnungsbeschluß einer Beschwerde unterliegt, so wenig ist dieses bei dem nach § 448 Abs. 2 StrPO. erlassenen Eröffnungsbeschluß der Fall. Die Beschwerde war daher schon aus diesem Gesichtspunkte zurückzuweisen (Löwe § 448 Anm. 4 a 5, Stenglein § 448 Anm. 4 und 6). Die Beschwerde wäre aber auch, selbst wenn zulässig, unbegründet. Die Strafkammer erachtet auf Grund des Wortlautes des § 447 Abs. 2 StrPO. und der hiezu vorhandenen, vom Erstrichter bereits angeführten Literatur (u. a. Entsch. d. OLG. München Bd. III S. 15; Riedel-Sutner zu Art. 105 PStrGB. S. 313 Ziff. 2 und S. 314 Ziff. 3 b; JMBl. 1863 S. 3) — siehe auch Reger-Dames PStrGB. Anm. 2 zu Art. 105 — die von diesem vertretene Ansicht für zutreffend. Es darf dabei auch nicht verkannt werden, daß die Erteilung der Befugnis, einen ordnungswidrigen Zustand zu beseitigen, in vielen Fällen eine Maßnahme einschneidendster Natur ist, die sich nicht eignet, auf dem Wege des Strafbefehls erledigt zu werden."

II. Staatsanwalt Gahn in Hof.

---

**Zum Reichsgesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften.** Ein landwirtschaftlicher Darlehenskassenverein hat in seinem Statut die Bestimmung getroffen, daß der Vorstand aus dem Vereinsvorsteher und wenigstens 4 Beisitzern besteht. Bei Prüfung des Statuts durch das Registergericht haben sich bezüglich der Zulässigkeit dieser Bestimmung Bedenken ergeben. § 24 II GG. besagt: „Der Vorstand besteht aus zwei Mitgliedern ... Durch das Statut kann eine höhere Mitgliederzahl ... festgesetzt werden". Eine bestimmte Zahl von Vorstandsmitgliedern, wie der § 24 l. c. seinem Wortlaut nach zu verlangen scheint, ist hier nicht festgesetzt. Das Registergericht hat gleichwohl die obige Bestimmung zugelassen, indem es sich auf die im Kommentar von Parisius-Crüger 4. Aufl. § 24 Erl. 5 II vertretene Ansicht stützte, daß hinsichtlich der Zahl der Vorstands- (Aufsichtsrats-) Mitglieder im Statut ein Spielraum gelassen werden darf. Gegenüber dem dort angeführten Beispiel: „5—7 Aufsichtsratsmitglieder" fehlt hier allerdings die ziffermäßige Begrenzung nach oben. Eine (je nach dem Mitgliederbestand schwankende) Maximalgrenze ergibt sich aber von selbst aus §§ 9 II 37 Satz 1 GG. Vgl. hiezu den § 243 HGB. u. Staub's Komm. z. HGB. § 243 Anm. 3.

Amtsrichter Weber in Amberg.

---

**Zu § 1433 BGB.** In Nr. 9/1905 S. 220 ff. dieser Zeitschrift ist ausgeführt, daß das Verbot des § 1433 BGB. auch einen vor dem Inkrafttreten des BGB. errichteten Ehevertrag treffe, wenn die Vertragsteile Brautleute waren und die Ehe erst nach dem 1. Januar 1900 geschlossen haben; ein solcher Vertrag werde erst mit der Eingehung der Ehe wirksam und sei daher in dem Augenblick, in dem er zur Wirksamkeit hätte gelangen können, der Nichtigkeit verfallen (§ 134 BGB.). In diesen Ausführungen ist das Wort „wirksam" irreführend. Ein Vertrag ist eine auf Begründung, Aenderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses gerichtete Willenseinigung mehrerer handelnder Personen. Herrscht zwischen den Parteien volle Uebereinstimmung über den Gegenstand ihrer Vereinbarung und ist ihr Wille auch formell in der dem Gesetze entsprechenden Weise bekundet, dann liegt ein Rechtsverhältnis vor, das die Grundlage eines Anspruches bildet. Der Vertrag ist also in diesem Augenblicke vollständig zum Abschlusse gelangt und hat die Wirkung, daß der Berechtigte den der Vereinbarung entsprechenden Anspruch, dessen Erfüllung vielleicht in einem späteren Zeitpunkt zu erfolgen hat, geltend machen kann. Von dem die Grundlage eines Anspruches bildenden Vorgange ist wohl der wirtschaftliche Erfolg zu unterscheiden, der sich als der Ausfluß dieses Rechtsvorganges darstellt. Die Bewirkung des dem Vertrage entsprechenden Zustandes ist kein Bestandteil des Vertrages, sie hat auf die zustande gekommene Willenseinigung keinen Einfluß. Ein bedingter oder betagter Vertrag ist hinsichtlich seiner Wirksamkeit nicht nach dem Zeitpunkte des Eintrittes der Bedingung oder des Termines, sondern nach der Art und Weise der Willenseinigung zu beurteilen. Es ist nun ein allgemein anerkannter Rechtssatz, daß ein vor dem 1. Januar 1900 dem ganzen Tatbestande nach begründetes Rechtsverhältnis sowohl hinsichtlich seiner Voraussetzungen als seines Inhalts und seiner rechtlichen Wirkungen nach dem bisherigen Rechte beurteilt wird, wenn nicht besondere Gründe für die gegenteilige Annahme vorliegen; das Bürgerliche Gesetzbuch wahrt den Rechtsgrundsatz von der Nichtrückwirkung neuer Gesetze (Entsch. des RG. Bd. 54 S. 154, Bd. 56 S. 222, Bd. 46 S. 174, Bd. 42 S. 99). Diese Ausführungen ergeben, daß ein vor dem 1. Januar 1900 nach den damaligen Gesetzen gültig abgeschlossener Ehevertrag zwischen Verlobten, die die Ehe erst nach diesem Zeitpunkte eingehen, wirksam ist. § 1433 BGB. kann nicht zur Anwendung kommen, weil er nur die ihrem Tatbestande nach in die Zeit der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches fallenden Verträge betrifft und keinen Rechtsgrundsatz enthält, der ganz allgemein unter Aenderung des bisherigen Rechtszustandes für das Gebiet des bürgerlichen Rechtes ausgesprochen werden wollte. Hiemit wird auch die Berufung auf § 134 BGB. hinfällig. Nun bestimmt allerdings Art. 200 des EG. z. BGB., daß für den Güterstand einer zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuches bestehenden Ehe die bisherigen Gesetze maßgebend bleiben. Der Wortlaut dieser Bestimmung verträgt sich recht wohl mit der Annahme, daß dies auch für einen vor dem 1. Januar 1900 zwischen Brautleuten vereinbarten Güterstand, der erst nach diesem Zeitpunkte seine Wirkung äußert, gelte. Der Begriff der „bestehenden" Ehe ist nicht so streng auszulegen, daß er nicht auch die erst später zum Bestehen gelangende Ehe umfaßte. Es dürfte für diese Auffassung

der Hinweis auf § 1432 BGB. sprechen, in dem es heißt, daß die Ehegatten ihre güterrechtlichen Verhältnisse durch Vertrag (Ehevertrag) regeln, insbesondere auch nach der Eingehung der Ehe den Güterstand aufheben oder ändern können. Es ist hier allgemein von Ehegatten die Rede, obwohl auch Verlobte einen solchen Vertrag schließen können (vgl. § 1433 Abs. II BGB.). Die gesetzgeberischen Vorarbeiten zu Art. 200 (Mot. z. Entw. eines EG. z. BGB. S. 280 ff., Prot. der Kommission für die 2. Lesung des Entw. des BGB. Bd. 6 S. 535) sprechen nur von dem Güterstande der zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuches bestehenden Ehen; des zwischen Verlobten für ihre nach diesem Zeitpunkte zu schließende Ehe vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches vereinbarten Güterstandes geschieht keine Erwähnung. Der letztere Fall ist offenbar deshalb nicht ausdrücklich hervorgehoben worden, weil den Regelfall der Begründung eines ehelichen Güterstandes doch die Eingehung einer Ehe bildet. Sollte die Vereinbarung eines Güterstandes zwischen Verlobten wirklich hinfällig werden, dann wäre eine solch tief einschneidende Bestimmung sicherlich in irgend einer Weise zum Ausdruck gebracht worden. Es kommt weiter in Betracht, daß die erwähnten Vorarbeiten das Hauptgewicht nicht so sehr auf das Bestehen einer Ehe als vielmehr darauf richten, ob die Unwandelbarkeit des einmal begründeten Güterstandes als oberster Grundsatz anzuerkennen sei. An diesem Grundsatze wurde als der Billigkeit entsprechend auch tatsächlich festgehalten. Dieser Grund spricht aber geradeso für die Aufrechterhaltung des Ehevertrages zwischen Verlobten. Es ist daher anzunehmen, daß die Bestimmung des Art. 200 auch für einen zwischen Verlobten, die erst nach dem 1. Januar 1900 die Ehe eingegangen haben, vor diesem Zeitpunkte abgeschlossenen Ehevertrag maßgebend ist.

Amtsrichter Vogel in Herrieden.

---

# Aus der Praxis der Gerichte.

## Reichsgericht.

### A. Zivilsachen.

#### I.

**Zu §§ 1360, 1361, 1611 BGB.** Der Kläger und die Beklagte, seine Frau, leben seit 1902 getrennt. Der Kläger verlangt mit der Klage von der Frau, die nach eigener Angabe jährlich etwa 2000 Mk. Kapitalzinsen bezieht, Unterhalt. Er behauptet, er sei vermögenslos und arbeitsunfähig. Das Landgericht verurteilte die Beklagte zur Zahlung von 50 Mk. monatlich. Ihre Berufung blieb erfolglos; die Revision wurde verworfen.

Aus den Gründen: Die Revision rügt Verletzung der §§ 1360 Abs. 2, 3, 1361 Abs. 1 BGB. Sie macht geltend, aus der festgestellten grundlosen Weigerung der Beklagten, die häusliche Gemeinschaft wieder aufzunehmen, folge nicht die Berechtigung des Klägers zu gleicher Weigerung. Das ist richtig, aber hieraus rechtfertigt sich nicht die weitere Folgerung der Revision, daß Kläger zur Forderung von Unterhalt nicht berechtigt, sondern nur befugt gewesen sei, Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens zu erheben und in diesem Verfahren eine auf Gewährung von Unterhalt gerichtete einstweilige Verfügung zu erwirken. Dieser Standpunkt wird den §§ 1360, 1361 BGB. nicht gerecht. Es gilt als Regel, daß der Unterhalt zwischen Gatten im gemeinsamen Haushalte zu gewähren ist; unter besonderen Umständen, so in dem im 1. Satze des § 1361 BGB. hervorgehobenen Falle des Getrenntlebens der Gatten, ist eine Geldrente zu entrichten. Hat der unterhaltspflichtige Gatte durch eine grundlose Trennung die besonderen Verhältnisse herbeigeführt, so trifft ihn die Verpflichtung zur Gewährung der Rente. Denn diese würde ihm nach § 1361 BGB. sogar dann obliegen, wenn er sich aus einem berechtigten Grunde getrennt hätte (vgl. die Urt. vom 24. Oktober 1901 und 6. März 1902, Jur.W.Schr. 1902 Beil. 3 S. 215). Daß der Kläger außerstande ist, sich selbst zu unterhalten, ist vom Berufungsgerichte bedenkenfrei festgestellt. Unbegründet ist auch der weitere Angriff der Revision, daß § 1611 Abs. 1 BGB. nicht berücksichtigt sei, wonach derjenige, der durch sein sittliches Verschulden bedürftig geworden sei, nur notdürftigen Unterhalt verlangen kann. Diese Vorschrift ist hier unanwendbar, weil sie sich nicht unter den Bestimmungen befindet, die nach § 1360 Abs. 3 Satz 2 BGB. auf das Verhältnis von Gatten entsprechend anzuwenden sind. Eine Beschränkung auf den notdürftigen Unterhalt kann nur auf § 1611 Abs. 2 BGB. gestützt werden. Die Beklagte hat jedoch nicht behauptet, daß dessen Voraussetzungen gegeben seien. (Urt. des IV. C.-S. vom 16. Februar 1905.)

— n.

#### II.

**Mangelhaftigkeit des Tatbestandes als Aufhebungsgrund. Verweisung auf Schriftsätze im Tatbestand.** Aus den Gründen: § 313 Abs. 1 Nr. 3 CPO. schreibt vor, daß das Urteil enthalten müsse „eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes auf Grundlage der mündlichen Vorträge der Parteien unter Hervorhebung der Anträge". Nach Abs. 2 ist eine Bezugnahme auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze und die zum Sitzungsprotokoll erfolgten Feststellungen nicht ausgeschlossen; für den Tatbestand des Berufungsurteils läßt § 334 in gleicher Weise eine Bezugnahme auf das Urteil der 1. Instanz zu. Diese Vorschriften hat das Berufungsgericht außer Acht gelassen. Schon der landgerichtliche Tatbestand entspricht nicht den Anforderungen des Gesetzes. Er beginnt zwar mit einer selbständigen Darstellung des Sach- und Streitstandes; allein dieser Versuch verliert allen Wert durch die Schlußbemerkung, daß „im übrigen" auf den Inhalt der Schriftsätze Bezug genommen werde. Damit wird man in Wirklichkeit wieder für die Feststellung des Sach- und Streitstandes aus den zahlreichen Schriftsätzen verwiesen, die zusammen ein Schreibwerk von mehr als 70 Seiten umfassen. Deshalb durfte sich auch das Berufungsgericht nicht mit der Bezugnahme auf das 1. Urteil begnügen; diese Verweisung setzt voraus, daß der bezogene Tatbestand brauchbar sei, was er nicht ist. Aber auch für das neue Parteivorbringen in der Berufungsinstanz fehlt es an jeder Feststellung. Darüber gibt das Berufungsgericht gar keine Darstellung, sondern ersetzt diese durch Verweisungen. Ein solches Verfahren verletzt das Gesetz, weil die von diesem gestattete Bezugnahme nur als Ausnahme und nur in geringerem Umfange zulässig, nicht aber dazu bestimmt ist, an Stelle der selbständigen Darstellung des Sach- und Streitstandes durch den Richter zu dienen. Auch insoferne widerspricht es den Vorschriften der CPO., als diese die Darstellung „auf Grundlage der mündlichen Vorträge der Parteien" verlangt, während hier eine Grundlage geboten ist, die im wesentlichen nichts anderes ist, als ein schriftliches Verfahren. (Urt. des 1. CS. vom 11. Februar 1905.)

— — — n.

#### III.

**Einlage des Kommanditisten durch Aufrechnung gegen eine Schuld.** Die Beklagte trat mit andern

Personen im November 1901 in das bis dahin von C. R. allein betriebene, nach Angabe des Klägers schon damals stark überschuldete Geschäft des C. R. als Kommanditist ein. Ihre Einlage betrug 30 000 Mk. Der Betrag wurde in das Handelsregister eingetragen. Die Beklagte hatte dem R. ein bares Darlehen von 80 000 Mk. gegeben und vor dem Abschlusse des Vertrags wurde vereinbart, daß die Einlage durch Aufrechnung gegen diese Forderung als geleistet angesehen werden solle. 1903 wurde der Konkurs über das Vermögen der Kommanditgesellschaft eröffnet. Der Verwalter hat die Beklagte auf Zahlung eines Teils der Einlage verklagt. Sie beantragt Abweisung der Klage, weil ihre Einlage durch Aufrechnung getilgt sei, ihr jedenfalls aber noch jetzt die Aufrechnung zustehe. Der Kläger hat dagegen geltend gemacht, daß die Forderung von 80 000 Mk. schon nach der Eröffnungsbilanz völlig wertlos gewesen sei, die mit einer Unterbilanz von 450 000 Mk. schließe. Die Klage wurde in beiden Instanzen abgewiesen. Die Revision des Klägers war erfolglos.

Aus den Gründen: Nach §§ 161 ff. HGB. besteht kein Rechtssatz, daß die Einlage des Kommanditisten bar erfolgen muß. Auch eine Sacheinlage ist gestattet und es besteht keine Vorschrift, daß diese und ihr Wert, wie bei der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft m. b. H., im Gesellschaftsvertrage festgesetzt werden muß, wenn sie den Gläubigern gegenüber als Erfüllung der Einlagepflicht gelten soll. Auch durch vertragsmäßige Aufrechnung einer Forderung kann die Einlage geleistet werden. Durch diese wird die Vermögenslage der Gesellschaft immer verbessert, auch wenn der Gläubiger volle Befriedigung nicht zu erwarten haben würde. § 172 Abs. 1 HGB. sagt, daß im Verhältnis zu den Gläubigern der Gesellschaft die Einlage des Kommanditisten durch den in das Handelsregister eingetragenen Betrag bestimmt wird. Damit ist gesagt, daß weder ein höherer noch ein geringerer Betrag als zugesagt gilt, über die Art der Leistung ist dagegen nichts bestimmt. Der Kommanditist hat nur darzutun, daß die Einlage geleistet ist und wie. (RG. Bd. 1 S. 69, Bd. 46 S. 352, Bd. 51 S. 33.)

Es ist unstreitig, daß die Beklagte an R. eine fällige Forderung von 80 000 Mk. hatte, als sie in das Geschäft eintrat. Nach § 28 HGB. haftete die Kommanditgesellschaft für diese Schuld. Durch die Aufrechnung wurde die Darlehensforderung zugunsten des Gesellschaftsvermögens für 30 000 Mk. getilgt. Selbst wenn die Aufrechnung nicht zulässig gewesen wäre, so standen sich doch vor der Konkurseröffnung die Forderung der Beklagten zu 80 000 Mk. und die Einlageschuld von 30 000 Mk. kompensabel gegenüber, so daß § 53 KO. anzuwenden ist (vgl. RG. Bd. 37 S. 82, 86). (Urt. vom 11. Februar 1905.) ———n.

### B. Strafsachen.

#### I.

**Ist eine Ehefrau kraft der Schlüsselgewalt berechtigt, Wechsel mit dem Namen des Ehemanns zu unterzeichnen?** (§ 267 StrGB.)

Aus den Gründen: „Der Versuch der Verteidigung und Revision, die Fälschung der Akzepte und deren Verwertung mit der der Frau in § 1357 BGB. verliehenen Schlüsselgewalt zu rechtfertigen, ist verfehlt. Nach dieser gesetzlichen Bestimmung ist allerdings die Frau berechtigt, innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises die Geschäfte des Mannes für ihn zu besorgen und ihn zu vertreten. Geschäfte, die sie im Rahmen dieser Befugnis schließt, verpflichten den Mann. Dagegen ist ihr nicht die Macht eingeräumt, den Mann in der Verfügung darüber zu beschränken, auf welche Weise er die ihm so auferlegten Verbindlichkeiten erfüllen will, dadurch, daß sie ihn wechselmäßig verpflichtet. Die Verfügung darüber, wie er die Leistungen aus den von der Frau geschlossenen Geschäften bewirken will, steht zunächst dem Ehemanne zu. Wollte man dem Gedanken der Verteidigung folgen, so würde die Rechtsverbindlichkeit der Namensunterschrift des Mannes in einem Akzept, welches die Frau vollzogen hat, im Einzelfalle davon abhängig sein, daß das Geschäft, zu dessen Abwicklung das Akzept gegeben wurde, nach den Verhältnissen des Haushalts des Akzeptanten als im Wirkungskreise der Frau gelegen zu betrachten wäre, denn nur in diesem Umfange vermag die Frau den Mann zu vertreten und zu verpflichten. Es leuchtet ein, daß damit eine Unsicherheit in den Wechselverkehr getragen würde, die mit dessen Wesen nicht vereinbar ist und also vom Gesetzgeber nicht gewollt sein kann". (Urt. des I. StrS. v. 3. April 05. D. 4586/04.) B.

#### II.

**Kann der Antrag auf Ladung eines Zeugen abgelehnt werden, weil der Zeuge mit dem vom Angeklagten mißbrauchten Mädchen gleichfalls unzüchtig verkehrt habe?** (§ 243 Abs. II StPO.)

Aus den Gründen: ... Dagegen gründet sich die Verwerfung des Antrags, den B. und den H. als Zeugen zu laden, auf unstatthafte Vorwegnahme der Beweiswürdigung. Allerdings können persönliche Verhältnisse der Zeugen ihnen jeden Wert für die Wahrheitsermittelung nehmen; beispielsweise ihre Verwandtschaft mit dem Angeklagten. Auch die Vernehmung eines früher verurteilten Mittäters als Zeugen in einem späteren Strafprozesse kann das Gericht ablehnen, wie das Reichsgericht mit Urteil vom 5. Mai 1898 — Entsch. 31, 138 — anerkannt hat. Aber um einen derartigen Ausnahmefall, in dem die Vernehmung der Zeugen eine leere Formalität wäre, handelt es sich hier nicht. Zwar haben die Zeugen gemäß § 54 der StrPO. wegen ihres etwaigen Verkehrs mit dem mißbrauchten Mädchen ein Recht zur Auskunftsverweigerung. Diese Befugnis kann je nach dem Verhalten der Zeugen eine Minderung, schwerlich wird sie eine völlige Aufhebung der Beweiserheblichkeit bewirken und keinesfalls läßt sich der Beweisantretung von vorneherein jede Bedeutung absprechen. Ihr Erfolg wird sich vielmehr erst nach der Beweiserhebung ermessen lassen. Der ablehnende Beschluß der Strafkammer verstößt hiernach gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit. (Urt. des I. StS. v. 17. April 1905 Nr. 4720/04.) B.

## Oberstes Landesgericht.

**Zu § 767 Abs. 2 CPO.** Es ist unzulässig, Einwendungen mit der im § 767 bezeichneten Klage geltend zu machen, wenn ihr Grund vor der Zustellung des Versäumnisurteils oder während des Laufes der Einspruchsfrist entstanden ist.

Aus den Gründen des Berufungsurteils: Der Kläger bezweckt durch die Erhebung der Klage, daß das Gericht die Zwangsvollstreckung aus den Versäumnisurteilen vom 12. Dezember 1890 für unzulässig erklärt und aufhebt. Die Einwendung betrifft die durch die Urteile festgestellten Ansprüche selbst; sie ist daher die sogenannte Vollstreckungsgegenklage im Sinne des § 767 CPO. Nach § 767 Abs. 2 sind Einwendungen gegen die Ansprüche nur zulässig, wenn ihr Grund erst nach dem Schlusse der mündlichen Verhandlungen entstand, auf Grund deren die Versäumnisurteile ergingen, und in dem Zeitpunkt, in dem er entstand, durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden konnte. Die Behauptung des Klägers, Fr. L. habe in den Jahren 1891, 1894 oder 1895 und 1901 erklärt, er erlasse ihm die Schuld,

kann demgemäß das Gericht nicht berücksichtigen, weil die Frist zur Einlegung des Einspruchs unbestrittenermaßen am 19. März 1903 begann und nach § 339 Abs. 1 CPO. am 2. April 1903 endigte, also nicht begonnen hatte, als Fr. L. nach der Behauptung des Klägers den Erlaß erklärte. Hinsichtlich der Behauptung, L. habe auch im Jahre 1903 den Erlaß erklärt, hat der Vertreter des Klägers nicht angeben zu können erklärt, in welchem Zeitpunkte des Jahres 1903 L. den Erlaß erklärte. Sache des Klägers wäre es gewesen, seine Einwendung durch eine Angabe zu begründen, die ersehen ließ, ob der Grund der Einwendung vor oder nach dem Ablaufe der Einspruchsfrist entstanden ist. Da er dies unterließ und es möglich ist, daß der Grund der Einwendung in einem Zeitpunkt entstand, in dem die Einspruchsfrist noch nicht begonnen hatte oder noch nicht abgelaufen war, kann das Gericht die Behauptung des angeblich im Jahre 1903 erklärten Erlasses der Schuld nicht berücksichtigen.

Der Vertreter des Revisionsklägers machte geltend, das Berufungsgericht habe mit Unrecht angenommen, daß die Klage nur die Vollstreckungsgegenklage des § 767 CPO. sei; nach den Angaben des Klägers sei sie auch die Negatorienklage des Eigentümers. Es sei rechtlich zulässig, mit der im § 767 bezeichneten Klage Feststellungs- und Leistungsklagen zu verbinden, die sich aus dem Rechtsgrunde der Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung ergeben. Das Berufungsgericht hätte daher die Klage auch aus diesem Gesichtspunkte prüfen und den Beweis des Erlasses der Schuld zulassen sollen. Es habe auch den § 767 Abs. 2 unrichtig ausgelegt, weil es annahm, der Kläger dürfe die den Anspruch selbst betreffenden Einwendungen nicht mit der Vollstreckungsgegenklage geltend machen, wenn er sie in dem Zeitpunkt, in dem sie entstanden, durch Einspruch geltend machen konnte. Entscheidend sei nicht, daß die Einwendungen in dem Zeitpunkt durch Einspruch geltend gemacht werden konnten, in dem ihr Grund entstanden ist, oder in dem Zeitpunkt, in dem die Zwangsvollstreckung erfolgte, sondern daß es in dem Zeitpunkte möglich ist, in dem die Vollstreckungsgegenklage erhoben ist, oder in dem Zeitpunkt, in dem das Gericht das Urteil über diese Klage fällt. Die Vollstreckungsgegenklage sei zulässig, wenn „jetzt" die Gründe nicht mehr durch Einspruch geltend gemacht werden können. Das Oberste Landesgericht hat die Revision zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Der Kläger hat als Grund des Anspruchs nicht sein Miteigentum an dem Anwesen in F. sondern die Tatsache angegeben, daß Fr. L. ihm die Schuld erlassen habe. Er hat also Tatsachen behauptet, die das Erlöschen des Schuldverhältnisses bewirken, und damit Einwendungen vorgebracht, welche die durch die Urteile festgestellten Ansprüche betreffen. Bezüglich des Klagegrundes liegen also die formellen Voraussetzungen des § 767 CPO. vor; dasselbe ist der Fall bezüglich des Klagantrags (CPO. § 253 Abs. 2 Nr. 2). Der § 767 gewährt prozeßrechtlichen Schutz gegen die Vollstreckung. Daraus folgt, daß der Kläger im Klagantrage die Rechtshandlung zu bezeichnen hat, durch welche die Vollstreckung aufgehoben wird. Dies kann durch einen allgemeinen Ausdruck z. B. „Aufhebung der Zwangsvollstreckung" oder dadurch geschehen, daß die einzelne Vollstreckungshandlung ausdrücklich bezeichnet wird (Wilmowski-Levy, CPO. 7. Aufl. Anm. 3 zu § 686 Bd. 2 S. 986; Gaupp-Stein, CPO. 6. und 7. Aufl. Bd. 2 S. 457, 461). Der Kläger hat beantragt, daß die Beklagte verurteilt werde, die Hypothek, die für ihre durch die Urteile vom 12. Dezember 1890 festgestellten Ansprüche vorgemerkt wurde, löschen zu lassen. Die Vormerkung der Hypothek bildete nach Art. 40 Abs. 1 des Ges. vom 29. Mai 1886 eine Vollstreckungshandlung; durch die Löschung wird die Aufhebung der Zwangsvollstreckung bewirkt. Diese erstrebt also der Kläger. Das Berufungsgericht hat daher dadurch, daß es annahm, die Klage sei nicht die Negatorienklage, sondern eine Klage im Sinne des § 767 CPO., das Gesetz nicht verletzt. Da der Kläger die Negatorienklage nicht erhoben hat, ist die Frage, ob es zulässig ist, sie gleichzeitig mit der Klage nach § 767 zu erheben und mit dieser zu verbinden, nicht zu entscheiden. Das Berufungsgericht hat auch dadurch das Gesetz nicht verletzt, daß es von der Ansicht ausging, nach § 767 Abs. 2 CPO. würde die Einwendung des Klägers nur zulässig sein, wenn ihre Gründe im Zeitpunkt ihrer Entstehung durch Einspruch nicht mehr hätten geltend gemacht werden können. Für die Fälle, in denen wie hier der Grund der Einwendung des Schuldners vor der Zustellung des Versäumnisurteils oder während des Laufes der Einspruchsfrist entstanden ist, schließt sich das Oberste Landesgericht der in den Entscheidungen des Reichsgerichts vom 15. Oktober 1897 und 13. Mai 1903 (Entsch. in Zivils. Bd. 40 S. 352, 55 S. 187) begründeten Ansicht an, daß es nicht zulässig ist, die Einwendungen im Wege der im § 767 bezeichneten Klage geltend zu machen. Die Begründung des im Jahre 1874 dem Reichstage vorgelegten Entwurfes einer CPO. betont in dem von den „Einwendungen in der Zwangsvollstreckung" handelnden Abschnitte, daß „die richtige Behandlung der vom Schuldner in der Zwangsvollstreckungsinstanz geltend zu machenden Einwendungen ein dringendes Bedürfnis ist, damit nicht nutzlose Chikanen und Verzögerungen zur Kraftlosigkeit des Vollstreckungsverfahrens führen" (Hahn, Materialien zur CPO. Abt. 1 S. 436). Zum § 635 des Entwurfes, der mit dem § 767 des Gesetzes übereinstimmt, ist folgendes bemerkt: Die Energie der Vollstreckung werde dadurch gesichert, daß der Schuldner als Kläger auftreten und alle Einwendungen in einer Klage geltend machen muß. Hinsichtlich des Zeitpunktes, auf den es für die Zulässigkeit der Einwendungen ankommt, stehe der Entwurf weder auf dem Standpunkt, die Zulassung der Einwendungen von dem Gesichtspunkt einer Anfechtung des Urteils auf Grund veränderter Umstände aufzufassen, noch auf dem, eine Art von Restitution zu gewähren. Entscheidend sei der Schluß der mündlichen Verhandlung, in der „Einwendungen prozessual spätestens hätten geltend gemacht werden müssen;" die nachher neu entstandenen und „durch Einspruch oder Berufung nicht mehr geltend zu machenden" Einwendungen würden zugelassen. Zwischen dem Schlusse der mündlichen Verhandlung, bei der die Partei zuletzt Gelegenheit zu tatsächlichem Vorbringen hatte, und der Erlassung des die Vollstreckung ermöglichenden Urteils in der tatsächliches Vorbringen ausschließenden Revisionsinstanz werde häufig ein bedeutender Zeitraum liegen; es würde daher eine ungerechtfertigte Härte sein, die Partei mit den inzwischen entstandenen Einwendungen auszuschließen (Hahn a. a. O. S. 818). Aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift im § 767 Abs. 2 geht hiernach hervor, daß ihr Hauptzweck darin besteht, dem Gläubiger einen möglichst weitgehenden Schutz dagegen zu verschaffen, daß sein Recht auf Vollstreckung gefährdet wird. An diesem Grundgedanken ist für den Fall festzuhalten, in dem das Gesetz dadurch, daß es den Einspruch zuläßt, dem Schuldner noch ein anderes Schutzmittel zur Verfügung stellt, er aber es unterläßt, davon Gebrauch zu machen. Für diesen Fall ist der Sinn der Vorschrift aus ihrem Zwecke mit Sicherheit zu erkennen. Ihr Wortlaut („durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können") steht der ihrem Zwecke entsprechenden Auslegung nicht entgegen, denn das Präsens „können" läßt sich ohne Zwang auf die Entstehung des Grundes der Einwendungen beziehen. Die Einwendung des Klägers, daß L. ihm in den Jahren 1891, 1894 oder 1895, 1901 die Schuld erlassen habe, ist hiernach nicht zulässig, denn ihr angeblicher Grund ist zwar nach

den mündlichen Verhandlungen vom 12. Dezbr. 1890 entstanden, er konnte aber, da die Frist für die Einlegung des Einspruchs erst am 2. April 1903 endigte, damals durch Einspruch geltend gemacht werden. Die Behauptung des Klägers, L. habe ihm auch im Jahre 1903 die Schuld erlassen, hat das Oberlandesgericht nur deshalb nicht gewürdigt, weil es bei der Unbestimmtheit der Angabe möglich ist, daß auch diese Erklärung in den Zeitraum fiel, innerhalb dessen der Kläger den Einspruch erheben konnte. (Urteil vom 20. März 1905.) M.

## Oberlandesgericht Bamberg.

**Kann der Erbschaftsbesitzer auch wegen anderer als der in § 2022 BGB. bezeichneten Forderungen gegen den Nachlaß ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen?** (§§ 273, 2022 BGB.) Die verlebte Margarethe E. hatte den Beklagten in einem formell ungültigen Testamente zum Alleinerben eingesetzt, um ihn dadurch für gewährten Unterhalt zu entschädigen. Der Beklagte hatte der Erblasserin nämlich 9 Jahre lang Kost und Wohnung und, als sie 2 Jahre lang bei Dritten wohnte, Bargeldzuschüsse hiezu gegeben, so daß er eine Gesamtforderung von 3780 Mk. nebst 780 Mk. für Zinsen an den Nachlaß hatte; außerdem hatte der Beklagte auch die Beerdigungskosten ausgelegt. Es trat gesetzliche Erbfolge ein. Eine Miterbin verlangte nun im Klagewege vom Beklagten die Herausgabe der in seinem Besitze befindlichen beweglichen Habe der Erblasserin. Dieser verweigerte sie aber, bis er mit seinen Forderungen befriedigt sei. Die Klägerin gestand dem Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht nur wegen der Beerdigungskosten zu, nicht auch wegen der übrigen Ansprüche. Das OLG. trat dieser Ansicht nicht bei.

Aus den Gründen: „Der Beklagte hat unbestritten die auf die Beerdigung der Margarethe E. erwachsenen Kosten ausgelegt und sie noch nicht ersetzt erhalten, obschon sie gemäß § 1968 Abs. 4 BGB. zu den Nachlaßverbindlichkeiten gehören. Er hat mindestens wegen dieser Kosten einen fälligen Anspruch gegen den Nachlaß, für den die Erben als Gesamtschuldner haften (§ 2058 a. a. O.). Der Beklagte ist demnach von vorneherein zur Herausgabe der zur Erbschaft gehörenden, in seinem Besitze befindlichen Sachen nur gegen Ersatz der 200 Mk. verpflichtet (§ 2022 BGB.). Dementsprechend hat die Klägerin in zweiter Instanz beantragt, den Beklagten zur Herausgabe der zum Nachlasse gehörigen Sachen gegen Erstattung der von ihm bestrittenen Beerdigungskosten zu verurteilen. Das vom Beklagten geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht steht ihm aber nach § 273 BGB. auch bezüglich seiner übrigen Forderungen zu. Nach den Motiven zum BGB. Bd. 2 S. 41, 42 ist ein Zurückbehaltungsrecht gegeben, wenn zwischen den beiderseitigen Ansprüchen ein solcher gesetzlicher oder natürlicher Zusammenhang vorliegt, daß die einseitige Geltendmachung der Ansprüche ohne Rücksicht auf den dem anderen Teile zustehenden Gegenanspruch als ein Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen würde. Ein solcher Zusammenhang zwischen den erwähnten beklagtischen Gegenansprüchen und dem klägerischen Begehren ist hier vorhanden. Die Klägerin verlangt die Herausgabe des Nachlasses der Margarethe E., während der Beklagte gegen diese E. die obenbezeichneten Forderungen erworben hat und noch besitzt (vgl. auch Das Recht Bd. 7 S. 549; OLG. Rechtspr. Bd. 2 S. 57, Bd. 3 S. 354; RGE. Bd. 57 S. 6). Die Befriedigung des Beklagten mit diesen Forderungen hatte beim Ableben der E. zu erfolgen; die Forderungen waren also von da an fällig. Die Gesamtforderung des Beklagten beträgt 4760 Mk., ist also größer als der in der Klage selbst nur auf 4400 Mk. angeschlagene Nachlaß. Der Beklagte darf daher den ganzen in seinen Händen befindlichen Nachlaß bis zu seiner Befriedigung zurückbehalten. (vgl. Das Recht Bd. 8 S. 165). (Urt. vom 25. Februar 1905 (I. CS.) Ber.R 71/04.)[1])

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Schäfer in Bamberg.

## Oberlandesgericht Nürnberg.

**Zuständigkeit im Beschwerdeverfahren über die Ansetzung von Gebühren nach § 101 GKG. mit Art. 146 bayer. Geb.G.** Der im November 1903 bei dem Landgerichte N. anhängig gewordene Rechtsstreit der Kaufmannseheleute M. und B. H. in Sch. gegen die Maurerseheleute A. und M. N. in N., über die Anfechtung eines Tauschvertrags, ist durch den vom Verwalter im Konkurse über das Vermögen der Kläger mit den Beklagten abgeschlossenen Vergleich beigelegt worden; dieser wurde in der Sitzung des Prozeßgerichtes vom 30. Juli 1904 beurkundet. Hiefür setzte der Gerichtsschreiber des Prozeßgerichtes folgende Gebühren an: 260 Mk. nach Abrechnung des vorgeschossenen Betrages verbleibender Rest der Gebühr nach § 23 Abs. 2 des GKG., 1740 Mk. nach § 101 GKG. und Art. 146 Abs. 1 Ziff. 3 des Geb.G., 174 Mk. Zuschlag nach dem Ges. vom 9. Juli 1904, 435 Mk. örtliche Besitzveränderungsgebühr. Gegen den Ansatz der auf landesrechtliche Bestimmungen sich gründenden Gebühren erhob der Konkursverwalter Erinnerungen, die durch Beschluß des Landgerichts N. vom 10. Oktober 1904 als unbegründet zurückgewiesen wurden. Hiergegen legte der Konkursverwalter Beschwerde zum Oberlandesgericht Nürnberg ein; dieses erachtete sich für unzuständig und legte die Beschwerde dem Obersten Landesgerichte vor, welches jedoch seine Unzuständigkeit aussprach. Hierauf wies das Oberlandesgericht die Beschwerde zurück.

Aus den Gründen: Das Oberlandesgericht ist trotz der Entsch. des Oberst. LG. vom 14. November 1904[2]) noch der Ansicht, daß seine Zuständigkeit nicht gegeben ist. Nach § 4 des GKG. entscheidet zwar über Erinnerungen des Zahlungspflichtigen gegen den Ansatz von Gebühren das Gericht der Instanz und findet gegen diese Entscheidung Beschwerde nach §§ 567 Abs. 2, 568—575 CPO. statt. Allein § 4 GKG. findet hier keine Anwendung. In Frage steht nicht die nach § 23 GKG. berechnete Vergleichsgebühr, sondern die nach den Landesgesetzen neben der Vergleichsgebühr (§ 23 GKG) angesetzte Gebühr. Diese hat nicht den Charakter der Entscheidungs= (Vergleichs=) Gebühr; wenn sie auch von der Kasse zu erheben ist, die mit

---

[1]) Anmerkung des Einsenders. Das OLG. Celle hat mit Urteil vom 31. Januar 1903 (Das Recht 1903 S. 128 Nr. 612; Scherer, das 4. Jahr des BGB., § 273 Nr. 609) ausgesprochen: „Derjenige, welcher Erbschaftssachen nicht auf Grund eines (in Wirklichkeit ihm nicht zustehenden) Erbrechts, sondern dadurch erlangt hat, daß er sie nach dem Tode des in seiner Wohnung verstorbenen Erblassers ohne Rechtsgrund an sich genommen hat, kann, wenn er von den Erben auf Herausgabe der Sachen belangt wird, die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes nicht darauf stützen, daß er Forderungen gegen den Erblasser hat und Nachlaßverbindlichkeiten berichtigt hat.“ Diese Entscheidung hat einen anderen Tatbestand als die obige zur Grundlage. Die Margarethe E. wohnte in den letzten zwei Jahren ihres Lebens nicht bei dem Beklagten und starb auch nicht in seiner Wohnung. Sie hatte dem Beklagten, den sie für ihren Testamentserben hielt, hiewegen und in Rücksicht auf seine Alimentenforderungen schon lange vor ihrem Tode die Nachlaßgegenstände zur Aufbewahrung übergeben. Der Beklagte selbst glaubte nach dem Tode der E. eine Zeit lang, er sei der richtige Erbe, bis sich die Ungültigkeit des Testaments herausstellte; die Erbschaftssachen waren also nicht ohne Rechtsgrund in seinen Besitz gekommen. Er hatte die Alimentenleistungen, zu denen er gesetzlich nicht verpflichtet war, vereinbarungsgemäß nur zu dem Zwecke gemacht, daß das Vermögen der E. während ihrer Lebenszeit erhalten werde; es wäre daher offenbar unbillig, wenn er, der es allein ermöglicht hatte, daß überhaupt ein Nachlaß vorhanden ist, diesen ohne vorherige Deckung seiner Ansprüche herausgeben müßte. Bei den gegebenen Verhältnissen fallen die Leistungen des Beklagten unter den Gesichtspunkt der Verwendungen auf den herauszugebenden Gegenstand (§ 273 Abs. 2).

[2]) Mitgeteilt in dieser Zeitschrift Nr. 6 S. 154 f.

der Einziehung der Gerichtskosten betraut ist, so wird sie dadurch nicht zur Gerichtsgebühr im Sinne des GKG.; § 4 GKG. trifft nur die Fälle, in denen durch Erinnerungen oder im Beschwerdeweg geltend gemacht wird, daß Kosten unter Verletzung von Normen des Gerichtskostengesetzes angesetzt sind; hier wird behauptet, daß die landesgesetzlichen Gebührenbestimmungen zu Unrecht angewendet werden wollen. Auf dem Standpunkte des Oberlandesgerichts, daß in diesen Fällen die Anwendung des § 4 GKG. ausgeschlossen ist, stehen auch die Kommentare von Rittmann und Pfafferoth zum GKG. sowie das Reichsgericht (Jur. Wschr. 1897 S. 467), das aus den Motiven die Nichtanwendbarkeit des § 4 GKG. nachweist. Es ist aber auch anzunehmen, daß das Oberste Landesgericht bislang diese Anschauung geteilt hat; denn es hat (Samml. Bd. XV S. 343, 344) ausgesprochen, daß der Mehrbetrag der Besitzveränderungstaxe über die Vergleichsgebühr den Charakter einer Besitzveränderungsgebühr nach den Landesgesetzen nicht verliert und deshalb für diesen Mehrbetrag die Vorschriften des bayerischen Gebührengesetzes anwendbar sind; ferner hat es (Samml. N. F. Bd. III S. 999) erklärt, daß die Verjährung des Anspruchs auf die nach § 101 GKG. nach den Landesgesetzen zu erhebende Gebühr nicht nach § 5 GKG., sondern nach Art. 124 AG. z. BGB. erfolgt; damit hat es die Entscheidung des Landgerichts, daß dieser Mehrbetrag der landesgesetzlichen Gebühr keine Gebühr im Sinne des GKG. ist, gebilligt. Wäre es der Ansicht gewesen, daß auf diesen Mehrbetrag § 4 GKG. anzuwenden ist, so hätte es, da ja in diesem Falle zweifellos das Oberlandesgericht als das zunächst vorgesetzte Gericht zur Entscheidung über die Anfechtung des landgerichtlichen Beschlusses berufen gewesen wäre, seine Zuständigkeit verneint.

Es kann sich bei der Anschauung des Oberlandesgerichts allerdings ergeben, daß, wenn gegen die nach dem GKG. und nach den landesrechtlichen Bestimmungen angesetzten Gebühren Erinnerungen oder Beschwerden erhoben werden, für die Entscheidung der weiteren Beschwerde in der einen Richtung die Oberlandesgerichte und in der anderen das Oberste Landesgericht zuständig sind; allein das kann nicht den Ausschlag für die Anwendbarkeit des § 4 GKG. auch auf die landesgesetzlich bestimmte Zusatzgebühr geben, weil eben der Gesetzgeber für die in der bayerischen Gebührenordnung festgesetzten Gebühren im Interesse der Einheit der Rechtsprechung an der Zuständigkeit des Obersten Landesgerichts zur Entscheidung über die weitere Beschwerde festgehalten hat. Die Annahme, § 4 GKG. treffe auch die Zusatzgebühr, würde in vielen Fällen dazu führen, daß die Entscheidung, ob solche mit Recht angesetzt werden kann, in letzter Instanz von den Oberlandesgerichten zu treffen ist, was nach den Motiven vermieden werden wollte. Ist aber § 4 GKG. auf die Erinnerungen und Beschwerden wegen des Ansatzes einer nach dem bayer. Geb.G. zugleich mit der Vergleichsgebühr aus § 23 GKG. zu erhebenden Gebühr nicht anwendbar, so kann mangels anderer Bestimmungen für das Verfahren nur das bayer. Ges. über das Gebührenwesen herangezogen werden. Soweit in diesen die Entscheidungen den Gerichten überwiesen sind, enthalten die Art. 44—53 die einschlägigen Bestimmungen. Die Gebühren, gegen deren Ansatz Erinnerungen vorgebracht worden sind, sind nun allerdings bei einem Gerichte angesetzt worden und nicht bei einem Notariat angefallen; dem Wortlaut der Art. 44 und 47 nach wäre allerdings das Verfahren nach Art. 44 und 46 und nicht nach Art. 47 bzw. 49 einzuhalten. Allein es wird für die Frage, ob nicht doch Art. 47 maßgebend ist, nicht darauf ankommen, ob die Gebühr tatsächlich bei einem Notariat zu Soll gestellt worden ist; entscheidend wird der Charakter der Gebühr sein.

Zu diesem Schlusse nötigen die erwähnten Entscheidungen des Obersten Landgerichts. Wenn auch in der ersterwähnten Entscheidung nicht die Frage der Zuständigkeit zunächst zu entscheiden war, so hat es sich doch um die Anwendbarkeit einer Bestimmung des bayer. Geb.G. gehandelt, die die Tätigkeit des Notars zur ausdrücklichen Voraussetzung hat — Art. 49 der fr. Fassung des Geb.G.; — in dem betreffenden Falle war aber auch nicht etwa ein Notar tätig geworden, sondern es lag ebenfalls ein von dem Prozeßgerichte protokollierter Vergleich vor; gleichwohl hat das Oberste Landesgericht für die nach Art. 112, 113 Geb.G. zu erhebende Gebühr die Vorschriften des bayer. Geb.G. angewendet mit dem Hinweis darauf, daß der Anwendung nicht der Umstand entgegenstehe, daß Art. 49 bloß von dem Falle der Inanspruchnahme der Tätigkeit des Notars spreche, weil der Richter, der einen Vergleich über eine Immobiliarbesitzveränderung protokolliere, zugleich eine Art notarieller Beurkundung entwickele, so daß die analoge Anwendbarkeit des Art. 49 auf den Vergleich keinem Bedenken unterliege. Es ist demnach offensichtlich davon ausgegangen, daß in diesem Falle nicht gerade die Tätigkeit des Notars Voraussetzung der Anwendbarkeit des Art. 49 Geb.G. gewesen ist; es hat vielmehr das Hauptgewicht darauf gelegt, daß es sich um einen regelmäßig der Beurkundung durch einen Notar unterliegenden Vertrag handelte, welche Tätigkeit weggefallen war, weil das Gericht den Vergleich über die Eigentumsübertragung an dem Grundstück zu Protokoll festgestellt hatte. Wenn aber die Anwendung einer die Tätigkeit eines Notars ausdrücklich voraussetzenden Bestimmung trotz der tatsächlich nicht erfolgten Inanspruchnahme der notariellen Tätigkeit als zulässig erachtet worden ist, so ist nicht abzusehen, warum für die Anwendung des Art. 47 Geb.G. der Anfall der Gebühr bei einem Notariat auch dann maßgebend sein soll, wenn ein regelmäßig der notariellen Tätigkeit vorbehaltener Akt in Frage steht, diese Tätigkeit aber nur unterblieben ist, weil das Prozeßgericht den die Änderung herbeiführenden Vergleich zu gerichtlichem Protokoll festgestellt hat. Noch zweifelloser aber für die oben ausgesprochene Ansicht spricht die Entscheidung vom 1. Dezember 1902 — N. F. Bd. III S. 999. — In diesem Falle hat die Finanzbehörde ebenfalls die Zahlung einer Gebühr nach Art. 145, 146 des bayer. Geb.G. neben der Vergleichsgebühr aus § 23 GKG. verlangt. Der Zahlungspflichtige hat Erinnerungen erhoben; das Landgericht, bei dem der Vergleich zu Protokoll gegeben worden war, erachtete diese Erinnerungen als Beschwerde im Sinne des Art. 47 bayer. G.G. und gab ihnen statt. Auf die weitere Beschwerde der Finanzbehörde hat das Oberste Landesgericht materiell entschieden. Das war aber nur dann möglich, wenn es die Annahme des Landgerichts, die Erinnerungen seien eine Beschwerde im Sinne des Art. 47 Geb.G., gebilligt hat. Ausdrücklich verbreitet sich zwar die Entscheidung hierüber nicht; allein es steht doch außer Zweifel, daß es auch für die Frage seiner Zuständigkeit die Richtigkeit der landgerichtlichen Anschauung geprüft hat. Die landgerichtliche Auffassung über die Qualifikation der Erinnerungen war für das Oberste Landesgericht nicht bindend; wenn die Finanzbehörde mit Rücksicht auf sie und im Hinblick auf Art. 49 Geb.G. ihre Beschwerde als weitere Beschwerde bezeichnet und dem Obersten Landesgericht vorgelegt hat, so bestand für dieses kein Zwang, sich mit der materiellen Entscheidung zu befassen; wenn es der Ansicht gewesen wäre, daß sich das Landgericht geirrt habe, daß es sich nicht um Erinnerungen im Sinne des Art. 47 Geb.G. handelt und daß Art. 47 l. c. keine Anwendung finden könne, weil die Gebühr nicht bei einem Notariat zu Soll gestellt worden ist, so hätte es sicher das Unzutreffende der landgerichtlichen Anschauung und die unrichtige Bezeichnung der Be-

schwerde als weitere Beschwerde dargelegt und seine Unzuständigkeit ausgesprochen. Denn seine Zuständigkeit wäre nicht gegeben gewesen, mag § 4 GKG. oder Art. 46 des bayer. Geb.G. auf die Zusatzgebühr zutreffen, weil mit Rücksicht darauf, daß auch in jenem Falle der Vergleich vor dem Landgericht als Prozeßgericht protokolliert und die Gebühr von dem Gerichtsschreiber dieses Gerichts zu Soll gestellt worden ist, die Beschwerde gegen den landgerichtlichen Beschluß als erste Beschwerde sich dargestellt hätte, zu deren Verbescheidung sowohl nach § 568 CPO. in Verbindung mit § 4 GKG. als nach Art. 46 Geb.G. das zunächst fortgesetzte Gericht, das Oberlandesgericht, berufen gewesen wäre. Im Anschlusse an die vom Obersten Landesgericht in den erwähnten Entscheidungen niedergelegten Ausführungen kommt auch das Oberlandesgericht zu der Anschauung, daß die Erinnerungen gegen den Ansatz der landesrechtlichen Gebühren in vorliegenden Falle sich als Beschwerde im Sinne des Art. 47 des bayer. Geb.G. darstellen, und daß es deshalb zur Verbescheidung der Beschwerde nicht zuständig ist. (Beschl. vom 10. Dezember 1904). D.

---

## Landgericht München I.

**Eine zukünftige Eigentümerhypothek kann schon vor ihrer Entstehung gepfändet, die Pfändung kann aber nicht ins Grundbuch eingetragen werden. Die unter der Herrschaft des bayer. Hypotheken-Gesetzes zur Haupthypothek eingetragenen Nebensachekautionshypotheken für Zinsen, Kosten und Schäden sind nicht eigentümerhypothekfähig.** Zum Grundbuchamte des Amtsgerichts M. I, Abt. A. f. Civils. stellte Rechtsanwalt Dr. L. den Antrag, die zugunsten einer urteilsmäßigen Wechselforderung der Firma M. zu 29000 Mk. samt Zinsen- und Vollstreckungskostenanschlag verfügte Pfändung derjenigen Eigentümerhypothek, welche möglicherweise an Stelle einer im Grundbuche f. M. Bd. IV S. 373 Nr. 36 vorgetragenen, zu einer Haupthypothek zu 335000 Mk. gehörigen Nebensachekautionshypothek für Zinsen, Kosten und Schäden zu 33500 Mk. zur Entstehung gelangt, ins Grundbuch einzutragen. Das Grundbuchamt lehnte diesen Antrag mit der Begründung ab, daß die Pfändung einer zukünftigen Eigentümerhypothek vor ihrer Entstehung nicht ins Grundbuch eingetragen werden könne und daß die Nebensachekautionshypotheken nicht eigentümerhypothekfähig seien. Die gegen diese Verfügung eingelegte Beschwerde wurde mit Beschluß vom 23. Mai 1905 — Beschw.Reg. Nr. 318/05 I — aus folgenden Gründen kostenfällig zurückgewiesen:

I. Eine zukünftige Eigentümerhypothek kann schon vor ihrer Entstehung gepfändet[1]), die Pfändung kann aber nicht in das Grundbuch eingetragen werden. Das bedingte Recht des Grundstückseigentümers auf Erwerb einer Eigentümerhypothek ist nicht dinglich, da es dem Besteller der Hypothek und nicht dem jeweiligen Grundstückseigentümer zusteht. Es ist auch kein Recht an der Hypothek, welches mit der Feststellung, daß die der Höchstbetragshypothek zu Grunde gelegte Forderung weder entstanden ist noch auch fernerhin entstehen kann, einmal unter den Voraussetzungen des § 1163 BGB. zutage treten kann. Allein vorher ist ein dingliches Recht, auch latent, nicht vorhanden. Erst mit dem Zeitpunkt des § 1163 kommt die Eigentümerhypothek zur Entstehung. Diese Voraussetzungen sind aber hier nicht gegeben. Bis zu diesem Zeitpunkt hat der Grundstückseigentümer lediglich ein bedingtes persönliches Recht, daß die Hypothek beim Ausfall der Forderung ihm als Eigentümerhypothek zufällt. Vorher kann er mit dinglicher sachenrechtlicher Wirkung über die zukünftige Eigentümerhypothek nicht verfügen. Solche Verfügungen zugunsten Dritter haben lediglich obligatorische Wirkung und sind durch Eintragung ins Grundbuch dinglich nicht sicherungsfähig. Der Pfändungsgläubiger hat aber nicht mehr Rechte als der Grundstückseigentümer. Diese Rechtsansicht, welche das Kammergericht in ständiger Rechtsprechung — Jahrb. Bd. 14 S. 93; Bd. 22 S. 163; Bd. 26 S. 146; Bd. 28 S. 141 — und zuletzt in seinem Beschlusse vom 16. Januar 1905 — D. Jur.Ztg. 1905 S. 460, 461 — vertreten hat, hat das Grundbuchamt in zutreffender Weise seinem Beschlusse zu Grunde gelegt. Hievon abzugehen, besteht für das Beschwerdegericht um so weniger Veranlassung, als die Zulassung der Eintragung von Verfügungen mit obligatorischer Wirkung das Grundbuch unübersichtlich machen und dem Wesen des Grundbuchrechts, der dinglichen Sicherung, widerstreiten würde. Bei dieser Rechtslage brauchen die Streitfragen, ob die Eigentümerhypothek als solche eine wirkliche Hypothek oder nur eine Eigentumsbefugnis ist und ob es mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 40 Grundb.O. der vorherigen Eintragung des Eigentümerhypothekars bei einer Verfügung durch ihn bedarf, nicht weiter erörtert zu werden (v. Staudinger-Kober, Sachenrecht II. Aufl. § 1163 Anm. 3 γ zu § 1177 Anm. I 3, Willenbücher, Liegenschaftsrecht § 40 Grundb.O., Fuchs, Grundbuchrecht Bem. 3 zu § 1163, Oberneck, „Reichsgrundbuchrecht" Bd. I, III. Aufl. S. 652 ff., Turnau-Förster II. Aufl. Bd. I § 1163 Anm. 5.)

II. Die unter der Herrschaft des bayer. Hypothekengesetzes nach Maßgabe des § 43 dieses Gesetzes (v. Henle-Gütl, Hyp.G S. 42 und 65) eingetragenen und nun übergeleiteten Nebensachekautionshypotheken für Zinsen, Kosten und Schäden sind nicht eigentümerhypothekfähig. Das Grundbuchamt hat diese Frage trotz des Vorliegens des Pfändungsbeschlusses aus dem Rahmen des formellen und materiellen Grundbuchrechts mit Recht geprüft und verneint. Diese Kautionshypotheken sind unselbständige Belastungsformen, bilden ein unselbständiges Anhängsel der Hypothek, stehen und fallen mit dieser und sind unter der durch Art. 192 EG. z. BGB. geschaffenen Ueberleitung in selbständige Sicherungshypotheken nicht übergeleitet worden. Sie sind — insoweit sich die Zinsen- und Kostenkaution auf die nunmehr von der gesetzlichen Haftung umspannten Nebenleistungen bezieht — §§ 1115, 1178 BGB. — an sich gegenstandslos geworden; insoweit sie aber weitergehende Ansprüche umfassen, benimmt ihnen die für Nebenleistungen getroffene Bestimmung des § 1178 BGB. die Fähigkeit, zur Eigentümerhypothek zu werden. Für die nicht gleich, sondern ähnlich gelagerten Kostenkautionen des sächsischen Rechts hat das Oberlandesgericht Dresden mit Beschluß vom 21. Januar 1902 in demselben Sinne entschieden. (Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Bd. 4 S. 160. Ebenso Reinhard im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit Bd. 2 S. 467 ff.; S. 476, Oberneck a. a. O. S. 714 ff.; hiezu Kretzschmar, Einführung in das Grundbuchrecht Bd. I S. 237, 238.) Der gegenteiligen von Kober in Seuffert's Bl. f. RA. Bd. 70 S. 286 und von Steiner in seinem Zwangsversteigerungsgesetze S. 106 vertretenen Ansicht hat sich das Beschwerdegericht nicht angeschlossen. Diese Kautionshypotheken hatten altrechtlich keine selbständige Bedeutung. Bei Errichtung des Hypothekbestellungsvertrages haben die Vertragsteile nicht daran gedacht, ihnen eine selbständige, von der Haupthypothek unabhängige Bedeutung zu geben. Wohl spricht Art. 192 EG. z. BGB. nicht von selbständigen und unselbständigen Pfandrechten und Planck führt zu Art. 192 EG. z. BGB. in Anm. 4b aus, daß der Wille der Vertragsteile für die Ueberleitung belanglos sei. Allein

[1]) Hiezu Reichsgericht Bd. 51 S. 116 ff., Bd. 56 S. 15 und Jur. Wschr. 1904 S. 365

**die Ueberleitung darf nicht dazu führen, daß die bisherigen, wohlerworbenen Rechte des Immobilienkredits geschädigt und durch die Schaffung einer Eigentümerhypothek aus einer bisher unselbständigen Hypothekberechtigung die Rangverhältnisse dergestalt verschlechtert werden, daß durch die Einschiebung der Eigentümerhypothek in eine Nebensachekautionshypothek die nachstehenden Hypotheken im Befriedigungseffekte um eine Rangstelle zurückgeschoben werden[1]).**

Mitgeteilt von Landgerichtsrat Karl Meyer in München.

## Aus den amtlichen Blättern.

**Reichsgesetzblatt:** Nr. 14 S. 240. Bek. v. 14. IV. 05, betr. den Schutz von Erfindungen usw. auf der Ausstellung der Münchener Vereinigung für angewandte Kunst. — Nr. 17 S. 251. Ges. v. 14. IV. 05, betr. Aenderung des Ges. ü. d. Beurk. des Personenstands und der Eheschließung. (Aenderung des § 23). — Nr. 20 S. 317. Bek. v. 15. V. 05, betr. die Bildung von Weinbaubezirken.

**Gesetz- und Verordnungsblatt:** Nr. 23 S. 317. VO. v. 24. IV. 05, betr. die Befähigung zur Anstellung im höheren Bibliothekdienste. — Nr. 25 S. 461. VO. v. 5. V. 05, betr. die Anlegung von Gemeinde- und Stiftungsgeldern. — Nr. 26 S. 465. VO. v. 7. V. 05, betr. Vollz. des Ges. über die Bekämpfung der Reblaus. VO. v. 8. V. 05, betr. Forstfrevel im Reg.-Bez. Oberbayern. — Nr. 27 S. 471. VO. v. 10. V. 05, betr. die Gründung, Leitung und Beaufsichtigung von Erziehungs- und Unterrichtsanstalten.

**Justizministerialblatt:** Nr. 7 S. 645. Bek. v. 2. III. 05, betr. Vorbedingungen für den mittl. Finanzdienst. — S. 648. Bek. v. 27. III. 05, betr. Vollstreckung der über Mannschaften des Beurlaubtenstandes verhängten Disziplinarstrafen. — S. 649. Bek. v. 6. IV. 05, betr. Auslieferungen a. d. Ver. Königr. von Großbritannien und Irland nebst den brit. Kolonien und ausw. Besitzungen. — S. 662. Bek. v. 8. IV. 05, betr. Benachr. der Pfarrämter von den Sühneterminen in Ehesachen. — S. 663. Bek. v. 9. IV. 05, betr. Anl. d. Grundb. in der Pfalz. — Nr. VIII S. 681. Bek. v. 29. III. 05, betr. die Militär- und Gend.-Pension für die im Zivild. angestellten Militär- und Gend.-Pensionäre. — S. 684. Bek. v. 22. IV. 05, betr. das schweiz. Zentralpolizeibureau in Bern. — S. 684. Bek. v. 9. V. 05, betr. Anl. d. Grundb. in der Pfalz. — S. 685. Bek. v. 15. V. 05, betr. Auslieferungsverkehr mit der Schweiz.

## Literatur.

**Steiner, Anton,** Amtsrichter in München. Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung vom 24. März 1897 unter besonderer Berücksichtigung des bayr. Ausführungs-Gesetzes und der einschlägigen Vollzugsvorschriften erläutert. München 1905, J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) 1. und 2. Lieferung. Brosch. 3 Mk.

Die beiden Lieferungen umfassen die §§ 1 bis 81 des Zwangsversteigerungsgesetzes; die Vollendung des Buches ist in Bälde zu erwarten. Der Verfasser hat sich das Ziel gesetzt, eine erschöpfende Erläuterung des Gesetzes in gedrängter Form zu bieten. Es ist ihm auch gelungen, auf verhältnismäßig kleinem Raume viel zu bieten. Trotz aller Kürze hat er keine irgendwie bedeutsame Frage außer acht gelassen. Auch in der Berücksichtigung der Literatur und Rechtsprechung hat es der Verfasser sehr genau genommen, so daß sein Buch bedeutend reichhaltiger geworden ist, wie etwa die auf ähnlichen Grundsätzen aufgebaute Darstellung von Altmann. Die Besonderheiten der bayerischen Gesetzgebung sind in den Erläuterungen zu den einzelnen Paragraphen, soweit nötig, berücksichtigt; regelmäßig ist auch eine kurze auf das bisherige Recht verweisende Bemerkung vorangestellt. Sachlich lassen die Ausführungen durchweg erkennen, daß der Bearbeiter ein erfahrener Praktiker ist, der längere Zeit in Versteigerungssachen tätig gewesen ist. Bemerkenswert ist z. B., daß auf S. 125 und 127 gegen eine vielfach vertretene Meinung (aber in Uebereinstimmung mit Fischer-Schaefer S. 280 und von der Pfordten S. 190) Anträge auf abweichende Versteigerungsbedingungen nach der Aufforderung zur Abgabe von Geboten für unzulässig erklärt werden. Es ist klar, zu welchen Unannehmlichkeiten für den Versteigerungsbeamten die gegenteilige Auffassung führen müßte, die jedem Beteiligten die Möglichkeit gibt, das Versteigerungsgeschäft endlos hinauszudehnen. Aus dem nämlichen Grund ist es auch freudig zu begrüßen, daß (S. 125, 127) für schriftlich eingereichte Abänderungsanträge öffentliche Beglaubigung gefordert wird.

Von besonderem Interesse ist auch die Stellungnahme des Buches zu mehreren Fragen, die durch die Einschiebung des Notars in das Verfahren nahegelegt werden. Auf S. 25 ist z. B. erörtert, wie es mit der Bestellung des Zustellungsvertreters in Bayern zu halten sein wird. Bei der Besprechung des § 33 (S. 77) wird der in Nr. 9 dieser Zeitschrift S. 211 vom Berichterstatter behandelten Frage gedacht, ob der Notar die Versagung des Zuschlags auch aussprechen kann, wenn sie als Aufhebung des Verfahrens wirkt; sie wird bejaht, was trotz mancher theoretischer Bedenken im Interesse glatter Abwickelung des Verfahrens zu billigen ist. Für die Form der vom Notar abzufassenden Versteigerungsprotokolle werden mit Recht die Vorschriften der CPO. als ausschließlich maßgebend erklärt (S. 156 f.).

Die Besprechung der 3. Lieferung wird vielleicht noch zur Erörterung einiger weiterer Einzelheiten Anlaß geben.

von der Pfordten.

**v. Reisenegger-Schmidt,** Gerichtskostengesetz nebst den Gebührenordnungen für Gerichtsvollzieher sowie für Zeugen und Sachverständige. Mit Erläuterungen, Gebührentarif, Anhang und Sachregister als dritte Auflage der Handausgabe des Gerichtskostengesetzes von Ministerialrat A. von Reisenegger, bearbeitet von Hermann Schmidt, Regierungsrat im Kgl. bayer. Staatsministerium der Finanzen. München 1905. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oskar Beck). Preis gebd. Mk. 2.40.

Die dritte Auflage dieses allgemeinen beliebten Handbuches stellt sich als eine vollständige Neubearbeitung dar. Nicht nur sind die bisherigen Anmerkungen zu den einzelnen Gesetzesstellen einer sorgfältigen Ueberprüfung unterzogen worden, sondern wir finden auch bei fast allen Teilen des Buches eine begrüßenswerte Vermehrung der Erläuterungen, welche dem Stande der neuesten Rechtsprechung und den für Bayern maßgebenden Ministerialerlassen sachverständigst Rechnung tragen. So insbesondere bei den schwierigen Bestimmungen über Wertsberechnung, dann über die Kostenpflicht, die Kostenhaftung Dritter u. a. Eine höchst willkommene zeitgemäße Beigabe aber bringt der Anhang in der Auslegung der Verordnung vom 17. November 1902, die Gebühren für ärztliche Dienstleistungen bei Behörden betreffend. Wer nur immer mit diesen schwer verständlichen Vorschriften zu tun gehabt hat, wird den hohen Wert dieser Arbeit genügend zu würdigen wissen. Es kann daher das Buch, welches bei angemessenem Preise die bekannte gute und handliche Ausstattung des C. H. Beck'schen Verlags ziert, allen Interessenten, dem Praktiker, welcher tagtäglich mit dem gerichtlichen Kostenwesen beschäftigt ist, sowohl als auch dem Richter und nicht zuletzt den im Vorbereitungsdienst Befindlichen nur aufs Beste empfohlen werden.

Wochinger.

[1]) Diese zwei Rechtsfragen werden voraussichtlich im Wege der weiteren Beschwerde für die bayer. Praxis vom Obersten Landesgerichte endgültig entschieden werden. Allein sie sind rechtlich und wirtschaftlich von solcher Bedeutung, daß einstweilen die Mitteilung der Entscheidung der Mittelinstanz angezeigt erschien.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, II. Staatsanwalt im K. Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising



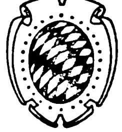
Nr. 13. München, den 1. Juli 1905. 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von Th. von der Pfordten K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München, Karlsplatz 29.

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).



Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum, Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.



## Das Urteil im Kostenpunkte bei Zurücknahme der Klage.[1]

Von Landgerichtsrat **Friedrich Degg** in Würzburg.

Die Zurücknahme der Klage verpflichtet den Kläger, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, sofern nicht über sie bereits rechtskräftig erkannt ist. Diese Verpflichtung tritt mit der Zurücknahme kraft Gesetzes ein, ohne daß es eines besonderen Ausspruches bedürfte. Da aber der Beklagte den Anspruch auf Erstattung der ihm erwachsenen Kosten nur auf Grund eines zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titels geltend machen kann (CPO. § 104), so ist die Verpflichtung des Klägers auf Antrag des Beklagten durch Urteil auszusprechen (CPO. § 271 Abs. 3). Allein zu diesem Urteil kommt es nicht immer und namentlich dann nicht, wenn die Zurücknahme der Klage nicht in der mündlichen Verhandlung erklärt wird, sondern durch Zustellung eines Schriftsatzes erfolgt (CPO. § 271 Abs. 2). Der Kläger weiß, daß er die Kosten zu tragen hat, und erbietet sich, die dem Beklagten erwachsenen Kosten ohne Urteil zu erstatten. Der Beklagte aber hat, wenn an der Zahlungsfähigkeit und an dem guten Willen des Klägers nicht zu zweifeln ist, kaum einen Grund, von seinem Rechte sofort Gebrauch zu machen. Bezahlt der Kläger die verlangten Kosten, dann erlischt jedes Interesse des Beklagten, ein Urteil im Kostenpunkt zu erwirken. Zum Urteil kommt es nur dann, wenn der Kläger die Zahlung verweigert, sei es, daß er nicht bezahlen kann, oder daß er nicht bezahlen will. Beruft sich nun der Kläger darauf, daß der Beklagte die Erstattung von Kosten verlange, die nicht erstattungsfähig seien, und ist diese Behauptung begründet, dann drängt sich die Frage auf, ob der Beklagte mit seinem Antrag, die Kostenpflicht des Klägers durch Urteil auszusprechen, nicht unnötigerweise die Hilfe des Gerichts in Anspruch nimmt und dem Kläger neue Kosten verursacht, die bei richtiger Bemessung der Ansprüche hätten vermieden werden können. In solchen Fällen wird zuweilen der Versuch gemacht, dem Antrag des Beklagten entgegenzutreten, und es ist dem auch schon in der Weise stattgegeben worden, daß die bis zum Antrag des Beklagten entstandenen Kosten dem Kläger, die durch den Antrag selbst verursachten aber dem Beklagten auferlegt worden sind.

Man sagt: Hätte der Beklagte seine Ansprüche auf das richtige Maß beschränkt, so wäre ein Urteil im Kostenpunkt nicht nötig gewesen. Der Kläger, der nur die unbegründeten Ansprüche des Beklagten nicht anerkennen will, hat dem Beklagten zur Stellung seines Antrags keine Veranlassung gegeben. Die Anrufung des Gerichts ist hier ebenso überflüssig wie die Erhebung der Klage im Falle des § 93 der CPO. Die unnötigerweise verursachten Kosten können daher nicht dem Kläger, sondern nur dem Beklagten auferlegt werden.

Da diese Auffassung der Billigkeit zu entsprechen scheint, so ist es angezeigt, ihre rechtliche Begründung näher zu prüfen.

1. In Literatur und Rechtsprechung wird hinsichtlich der Zurücknahme einer Klage und der Zurücknahme von Rechtsmitteln (Berufung CPO. § 515 Abs. 3, entsprechend anzuwenden für Revision und Einspruch CPO. §§ 566, 346) hie und da die Frage berührt, ob Umstände, die zunächst nur die Erstattung der Kosten betreffen, auf die Entscheidung über die Kostenpflicht einen Einfluß ausüben können. So sagt Gaupp-Stein:[1] „Ob der Kläger über die Kosten eine Erklärung abgibt oder nicht, ist gleichgültig, sie könnte weder als Titel zur Festsetzung genügen, da in der bloßen Uebernahme kein Vergleich liegt, noch die Grundlage eines Anerkenntnisurteils bilden". Es handelt sich hier aber nur um die Kostenerstattungspflicht als solche, nicht um die Höhe der Kosten. Ebenda heißt es bei der Zurücknahme der Berufung:[2] „Aber die Zulässigkeit

---

[1]) Vgl. hiezu die Mitteilung auf S. 209 f. dieser Nummer.

[1]) Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich 6. u. 7. Aufl. § 271 V 2.

[2]) a. O. § 515 IV.

und Notwendigkeit des Urteils wird nicht dadurch gehindert, daß die Sache selbst erledigt und die Kosten bezahlt sind". Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, daß die Folgen der Zurücknahme bei der Berufung nicht bloß die Kosten, sondern auch die Hauptsache (Verlust des Rechtsmittels) betreffen, sodaß ein Interesse des Beklagten an der Erwirkung eines Urteils auch dann vorhanden ist, wenn die Kosten bezahlt sind[1]).

Struckmann-Koch[2]) bemerkt zur Zurücknahme der Klage: „Der Antrag (d. i. des Beklagten auf Erlassung eines Urteils im Kostenpunkt) ist unbeschränkt zulässig, sofern nur überhaupt Kosten dem Beklagten erwachsen und noch unberichtigt sind." Dabei wird auf eine Entscheidung des Reichsgerichts vom 22. März 1895 (Juristische Wochenschrift, Jahrg. 1895 S. 198 Nr. 4) und eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 17. Mai 1882 (Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 6 S. 151) hingewiesen. Die Entscheidung des Reichsgerichts, die übrigens durch den Beschluß der vereinigten Zivilsenate vom 21. Juni 1902 (Entsch. Bd. 51 Nr. 2 S. 5) überholt ist, spricht aus, daß auch die Kosten der Vorbereitung einer Widerklage dem Kläger, der die Klage zurückgenommen hat, zur Last fallen, steht also mit unserer Frage in keinem Zusammenhang. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Nürnberg behandelt die Zurücknahme einer Berufung. Der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten und Berufungsführers hatte unter Widerspruch des Gegners behauptet, der Prozeßbevollmächtigte des Klägers für die erste Instanz habe erst nach Empfang der Berufungszurücknahme die Anwaltsbestellung für die zweite Instanz dem Anwalt dieser Instanz zur Unterschrift und beschleunigten Zustellung übersendet, daher seien die Kosten dieser Anwaltsbestellung dem Berufungsführer nicht zur Last zu legen. Das Oberlandesgericht erkannte dem Antrag des Klägers entsprechend, daß der Beklagte seines Rechtsmittels verlustig und verpflichtet sei, die durch dieses entstandenen Kosten zu tragen. Die Gründe führen aus, es finde sich weder in § 243 (nun § 271) noch in § 476 (nun § 515) eine Beschränkung des Inhalts, daß die hier vorgesehenen Urteile nur dann beantragt werden dürften, wenn der Berufungskläger sich weigerte oder zögerte, die dem Gegner entstandenen Kosten auf gütlichem Wege zu bezahlen. Der Antrag des Berufungsbeklagten sei nur in dem Falle unberechtigt, wenn entweder gar keine Kosten auf seiner Seite erwachsen wären, oder der Berufungskläger die Kosten vor der Antragstellung bezahlt hätte.

Unsere Frage wird weder bei Gaupp-Stein noch bei Struckmann-Koch erwähnt. Auch in anderen Kommentaren, wie von Seuffert,[1]) Petersen-Anger[2]) und von Wilmowski-Levy[3]) findet sich darüber nichts. Man wird nicht fehl gehen, wenn man dieses Schweigen dahin auslegt, daß der Frage der Kostenhöhe ein Einfluß auf die Entscheidung über die Kostenpflicht nicht beigemessen wird.

2. Die eingangs dargestellte Auffassung will die im § 271 der CPO. ausgesprochene Kostenpflicht des Klägers im Wege einer analogen Anwendung des § 93 der CPO. einschränken. Es ist daher zunächst die Bedeutung dieser letzteren Bestimmung festzustellen. § 93 lautet: „Hat der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben, so fallen dem Kläger die Prozeßkosten zur Last, wenn der Beklagte den Anspruch sofort anerkennt." Der Grundgedanke dieser Bestimmung läßt sich in dem Satze zusammenfassen: Wer die Rechtshilfe unnötigerweise zur Erreichung eines Zweckes in Anspruch nimmt, den er außergerichtlich hätte erreichen können, muß die Kosten auch dann tragen, wenn er mit seinem Anspruch siegt.[4]) § 93 bildet daher nur scheinbar eine Ausnahme von der Regel, daß die unterliegende Partei die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat (CPO. § 91), in Wahrheit aber eine notwendige Folge des Gedankens, der dieser Regel zugrunde liegt, nämlich: Die im Prozesse gewährte Rechtshilfe erfolgt auf Kosten desjenigen, der sie veranlaßt hat.[5]) Der dem § 93 zugrunde liegende Rechtssatz ist zweifellos der Ausdehnung auf andere Fälle fähig, und es ist auch eine solche Ausdehnung durch die Prozeßordnung nicht ausgeschlossen[6]). Nur darf dabei der Grundgedanke der Analogie, daß nur für wesensgleiche Tatbestände gleiches Recht gelten soll, nicht außer Acht gelassen werden. Es muß daher in § 93 Wesentliches und Unwesentliches geschieden werden.

Unwesentlich ist, daß gerade dem Kläger die Kosten auferlegt werden, obgleich der Beklagte unterliegt; es ließen sich auch die Rollen vertauschen.[7]) Ohne Bedeutung ist, daß es sich um die Hauptsache handelt; § 93 läßt sich auch auf den Kostenerstattungsanspruch anwenden, bei dem der Erstattungsberechtigte an die Stelle des Klägers

---

[1]) Entscheidung des Reichsgerichts vom 2. Dez. 1899, Juristische Wochenschrift, Jahrg. 1900, S. 71 Nr. 4.

[2]) Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich 8. Aufl. § 271 Anm. 6 Abs. 4.

[1]) Kommentar zur Zivilprozeßordnung 9. Aufl. zu § 271 und 8. Aufl. zu § 515.

[2]) Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich 4. Aufl. zu §§ 271 u. 515.

[3]) Die Zivilprozeßordnung 7. Aufl. zu § 243 (nun 271) und 476 (nun 515).

[4]) Planck, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. 1 S. 382.

[5]) Planck a. O. S. 379; Seuffert a. O. zu § 91 Anm. 1; Struckmann-Koch a. O. zu § 93 Anm. 1.

[6]) Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts Bd. 1 § 22, II 1

[7]) Planck a. O. S. 382; Gaupp-Stein a. O. § 271 V 2; aber auch § 91 III § 93 I und Mannherz in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts 49. Jahrgang S. 80.

tritt. Dies ist allgemein anerkannt. Streit besteht nur darüber, wann man sagen kann, daß der Erstattungspflichtige zur Einleitung des Verfahrens keine Veranlassung gegeben hat.[1]) Unwesentlich ist ferner, ob die Voraussetzungen des § 93 für den ganzen Anspruch oder nur für einen Teil zutreffen; die Anwendung des § 93 kann zu einer Kostenteilung führen, die auch nach Prozeßabschnitten erfolgen kann.[2])

Wesentlich dagegen ist, daß der Verpflichtete den Anspruch sofort anerkennt,[3]) und daß er nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben hat. Denn nur in diesem Falle hat der Berechtigte die Hilfe des Gerichts unnötigerweise in Anspruch genommen. Die Aufgabe des Gerichts besteht hauptsächlich in der Entscheidung von Streitigkeiten. Insoweit also der Verpflichtete einen Anspruch bestreitet, ist das Eingreifen des Gerichts nötig und die Anwendung des § 93 ausgeschlossen. Für das Kostenfestsetzungsverfahren folgt hieraus: Von einer Anwendung des § 93 kann nur dann die Rede sein, wenn der Erstattungspflichtige den Anspruch des Berechtigten anerkennt. Wird der Erstattungsanspruch teilweise anerkannt und teilweise bestritten, dann ist § 93 nur hinsichtlich des anerkannten Betrags anwendbar, während im übrigen die allgemeine Regel des § 91 bezw. 92 Platz greift. Hat also im Falle der Zurücknahme der Klage der Kläger die Erstattungsansprüche des Beklagten, soweit sie nach den Grundsätzen der Kostenerstattung begründet sind, anerkannt und befriedigt oder doch zu befriedigen sich erboten und nur die unbegründeten Ansprüche bestritten, so sind auf den Antrag des Beklagten zwar die zu erstattenden Kosten auf den begründeten Betrag festzusetzen, die Kosten des Festsetzungsverfahrens aber sämtlich dem Beklagten aufzuerlegen. Die Kostenpflicht des Beklagten beruht dabei nicht ausschließlich,[4]) sondern nur hinsichtlich des anerkannten Betrags auf § 93, hinsichtlich des bestrittenen dagegen auf § 92 der CPO.

Ob aber die erwähnten Tatsachen die analoge Anwendung dieser Bestimmungen auch für das der Kostenfestsetzung vorausgehende Urteil nach § 271 Abs. 3 der CPO. rechtfertigen, hängt von der Bedeutung ab, die dem Urteil im Sinne dieser Bestimmung beizumessen ist.

3. Nach § 271 Abs. 3 der CPO. ist der Kläger verpflichtet, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, sofern nicht über sie bereits rechtskräftig erkannt ist. Eine Einschränkung dieser Regel durch die Anwendung anderer Bestimmungen des Kostenrechts[1]) ist zwar nicht ausgeschlossen, aber doch nur dann zuzulassen, wenn es mit dem Inhalt des § 271 und seiner Stellung im System der Zivilprozeßordnung in Einklang zu bringen ist.

Die Zivilprozeßordnung gibt keine vollständige Regelung der Kostenfrage, unterscheidet aber innerhalb ihrer Bestimmungen scharf zwei Streitpunkte: die Kostenpflicht und die Höhe der zu erstattenden Kosten. Die Kostenpflicht (CPO. §§ 91—102) umfaßt alle Kosten, die den Parteien im Rechtsstreit erwachsen sind. Die Entscheidung über die Kostenpflicht besagt daher zweierlei: daß der Kostenpflichtige die Kosten, die er aufgewendet hat, endgültig selbst zu tragen, und daß er die Kosten, die dem Gegner erwachsen sind, diesem zu erstatten hat.[2]) Auch soweit es sich um die Kostenerstattung handelt, befaßt sich die Entscheidung nur mit der Verpflichtung als solcher, nicht mit der Höhe der zu erstattenden Kosten. Die Höhe der Kosten ist in einem besonderen Verfahren, dem sog. Kostenfestsetzungsverfahren (CPO §§ 104 ff.) zu behandeln.[3]) Die Entscheidung über die Kostenpflicht bildet natürlich die Voraussetzung und Grundlage für die Kostenfestsetzung, bei der die erstere Entscheidung nur in den von ihr offen gelassenen Punkten (ob Kosten erwachsen sind, ob sie unter die Kostenpflicht fallen, und ob sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig waren, CPO. § 91) zu ergänzen ist. Der verschiedenen Bedeutung beider Entscheidungen entsprechen auch die Verschiedenheiten des Verfahrens. Ueber die Kostenpflicht wird im regelmäßigen Verfahren nach obligatorischer mündlicher Verhandlung durch Urteil erkannt; Beweisaufnahme und Beweiswürdigung unterliegen den allgemeinen Grundsätzen. Die Festsetzung der Kosten dagegen kann ohne mündliche Verhandlung, ja ohne Gehör des Gegners stattfinden; die Entscheidung erfolgt durch Beschluß; zur Berücksichtigung eines Ansatzes genügt, daß er glaubhaft gemacht ist. Nur das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde ist, wenigstens für unseren Fall, gleichmäßig zugelassen (CPO. §§ 105, 99 Abs. 3).

Das Urteil des § 271 Abs. 3 hat gegenüber anderen Entscheidungen, die sich mit der Kostenpflicht befassen, nur das Besondere, daß es lediglich im Interesse des Beklagten und nur auf seinen Antrag ergeht. Dem Inhalt nach stimmt es mit ihnen überein. Es umfaßt daher ebenfalls alle Kosten des Rechtsstreits und spricht folgeweise, aber nicht ausschließlich, auch die Verpflichtung

[1]) Seuffert, a. O. zu § 105 Anm. 1 f.

[2]) Entscheidung des Reichsgerichts vom 27. Oktober 1887 Bd. 19 Nr. 88 S. 430.

[3]) Und erfüllt, die bloße Anerkennung genügt nicht. Wach, a. O. S. 20 Anm. 18.

[4]) Wie man nach Petersen-Anger a. O. zu § 105 Anm. 6 meinen könnte.

[1]) Z. B. CPO. § 95, Gaupp-Stein a. O., § 271 V 2; zu CPO. § 344 Gaupp-Stein II und Seuffert Anm. 1 a. E.; vgl. auch die Entscheidung des Oberlandesgerichtes Colmar vom 30. Oktober 1901 (Das Recht 1903 S. 131 Nr. 678).

[2]) Planck a. O. S. 384.

[3]) Beschluß des Oberlandesgerichts Celle vom 3. Januar 1901 (Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Bd. 2 S. 163).

des Klägers aus, die dem Beklagten erwachsenen Kosten zu erstatten. Hienach ist es schon an sich bedenklich, Tatsachen, die nur die Erstattung der Kosten betreffen, einen Einfluß auf die Entscheidung über die Kostenpflicht beizumessen, es müßte denn sein, daß diese Tatsachen zugleich das rechtliche Interesse an der Erwirkung eines Urteils hinfällig machen und den Antrag des Beklagten nicht bloß als unnötig (CPO. § 93), sondern als unzulässig erscheinen lassen. So z. B. wenn die dem Beklagten erwachsenen Kosten bezahlt oder dem Beklagten Kosten (nicht zu verwechseln mit: erstattungsfähige Kosten) überhaupt nicht erwachsen sind. In diesem Falle würde es an einem des Rechtsschutzes bedürftigen Interesse [1]) des Beklagten fehlen. Ein solches ist auch für den Antrag des § 271 Abs. 3 notwendig. Nur darf dies nicht mißverstanden werden. Das Gesetz geht von der Annahme aus, daß der Beklagte ein Interesse an der Erwirkung eines Urteils hat. Der Beklagte braucht daher nicht nachzuweisen, daß ihm ein solches Interesse zur Seite steht, wohl aber muß es dem Gegner gestattet sein, seinerseits den Nachweis zu führen, daß der Beklagte ein Interesse nicht hat und nicht haben kann. In diesem Sinne ist wohl auch zu verstehen, was das Oberlandesgericht Nürnberg in den Gründen der unter Ziffer 1 erwähnten Entscheidung zu diesem Fall bemerkt.

Auch insoweit, als das Urteil die Kostenerstattung betrifft, stellt es nur die Verpflichtung an sich, nicht die Höhe der zu erstattenden Kosten fest. [2]) Ueber die Höhe der Kosten entscheidet erst der nachfolgende Kostenfestsetzungsbeschluß. Der wesentliche Unterschied, der sich hieraus für den Inhalt des Urteils und des Beschlusses ergibt, ist gerade für den hier erörterten Fall von Bedeutung, in dem der von dem Beklagten berechnete Kostenbetrag zum Teil anerkannt, im übrigen aber unbegründet ist. Während es sich im Kostenfestsetzungsverfahren darum handelt, ob ein von dem Beklagten ziffermäßig angegebener Betrag ganz oder teilweise begründet ist, und folgeweise auch ein teilweises Anerkenntnis des erhobenen Anspruchs denkbar und zur Berücksichtigung geeignet ist, kann von einem teilweisen Anerkenntnisse bei der Entscheidung über die Kostenpflicht nicht die Rede sein, weil es sich hier nicht um ziffermäßig festzustellende Ansprüche handelt. Damit entfällt auch die analoge Anwendung des § 93 der CPO. Sie könnte von diesem Gesichtspunkte aus überhaupt nur dann in Frage kommen, wenn, was allerdings kaum praktische Bedeutung hat, die Höhe der Kosten unter den Parteien feststünde, der

[1]) Wach a. O. S. 20.

[2]) Die für das Verfahren vor den Amtsgerichten nach § 103 der CPO. vorgesehene Festsetzung der Kosten im Urteil bildet keine Ausnahme; denn es handelt sich nur um eine rein äußerliche Verbindung des Festsetzungsbeschlusses mit der Entscheidung über die Kostenpflicht. Seuffert a. O. zu § 103 Anm. 3, Kling in Nr. 10 dieser Zeitschrift S. 229.

Kläger die Kostenforderung des Beklagten vollständig anerkannt und befriedigt, oder doch zu befriedigen sich erboten hätte, und der Beklagte gleichwohl auf der Erlassung eines Urteils bestünde. [1])

In unserem Falle, in dem nur ein Teil der Kosten anerkannt, der andere aber bestritten ist, kann § 93 unter keinen Umständen Anwendung finden. Man kann auch nicht sagen, daß die Erwirkung eines Urteils nicht nötig wäre. Wenn der Beklagte im Kostenfestsetzungsverfahren eine Entscheidung über die von dem Gegner bestrittenen Kostenansätze herbeiführen will, bedarf er des Urteils als notwendiger Voraussetzung für die Einleitung dieses Verfahrens.

Aus den Bestimmungen der Zivilprozeßordnung ergibt sich aber, daß der Beklagte eine Entscheidung über die Höhe der Kosten nur im Festsetzungsverfahren herbeiführen kann. Durch die Scheidung zwischen Kostenpflicht und Kostenhöhe bringt das Gesetz deutlich zum Ausdruck, daß eine Vermengung beider Fragen vermieden werden soll, und daß die Frage der Kostenhöhe in dem hierfür bestimmten Verfahren nicht bloß entschieden werden kann, sondern entschieden werden muß.

Dieser Standpunkt des Gesetzes ist auch wohl begründet. Die Erfahrung zeigt, mit welcher Zahl von einzelnen Posten bei Kostenfestsetzungsgesuchen zu rechnen ist, und welche Kleinigkeiten hier oft zu Streit und Beschwerden Anlaß geben. Für die Entscheidung solcher Dinge den ganzen Aufwand einer mündlichen Verhandlung in Anspruch zu nehmen, würde in keinem Verhältnis zu der nebensächlichen Bedeutung stehen, die wenigstens theoretisch der Kostenfrage gegenüber der Hauptfrage beizulegen ist. Die geringere Bedeutung der Kostenfrage macht die Erledigung in dem einfacheren und rascher durchzuführenden Kostenfestsetzungsverfahren geradezu notwendig. [2])

Dem Willen des Gesetzes würde es widersprechen, wenn der Frage, ob die Höhe der Kosten mit Recht oder mit Unrecht bestritten wird, eine ausschlaggebende Bedeutung für die Entscheidung in einem Verfahren beigemessen werden würde, das zur Entscheidung über diese Frage nicht bestimmt

[1]) Doch ist es hier nicht erforderlich, auf § 93 zurückzugreifen (siehe oben). Ferner darf mit einem Angebot im Sinne des Textes nicht eine allgemeine Erklärung des Klägers, dem Beklagten die Kosten freiwillig zu erstatten, verwechselt werden. Eine solche Erklärung würde die Ueberbürdung von Kosten auf den Antragsteller umsoweniger rechtfertigen, als, solange die Höhe der Kosten nicht feststeht, jederzeit ein Streit hierüber möglich ist, und auf diese Weise nachträglich sich ergeben könnte, daß das Urteil im Kostenpunkt notwendig war.

[2]) Aus den Motiven der CPO.: „Die Zulassung schriftlicher Verhandlung im Festsetzungsverfahren rechtfertigt sich aus der Notwendigkeit, den auf die Hauptentscheidung nicht mehr einwirkenden Gegenstand einfach, rasch und wohlfeil zu erledigen. Stellen sich im einzelnen Falle Schwierigkeiten heraus, so kann das Gericht mündliche Verhandlung anordnen“ (zitiert nach Hellmann, Zivilprozeßordnung 1878 S. 340).

ist. Wie Einwendungen, die nur die Kostenpflicht betreffen, im Kostenfestsetzungsverfahren nicht zu beachten sind,[1]) so dürfen umgekehrt Einwendungen, die nur die Höhe der Kosten betreffen, bei der Verhandlung über die Kostenpflicht nicht berücksichtigt werden. Der Streit über die Höhe der Kosten gehört ausschließlich in das Kostenfestsetzungsverfahren, und es wäre eine unzulässige Umgehung dieser aus den Bestimmungen des Gesetzes zu entnehmenden Rechtsnorm, wenn man die formelle Entscheidung dem Festsetzungsverfahren zuweisen, die Würdigung der Kostenhöhe aber gleichwohl dazu benützen würde, um eine von der Regel abweichende Verteilung der Kostenpflicht zu begründen. Eine Berücksichtigung der Kostenhöhe ist daher bei der Entscheidung über die Kostenpflicht ausgeschlossen und auch im Wege einer analogen Anwendung des § 93 des CPO. nicht zu rechtfertigen.

4. Die Antwort auf die im Anfang aufgeworfene Frage lautet also:

> Der Streit über die Höhe der Kosten ist ohne Einfluß auf das der Zurücknahme der Klage folgende Urteil im Kostenpunkt.

Dieses Ergebnis widerspricht auch nicht der Billigkeit, wenn man berücksichtigt, daß der Antrag des Beklagten nicht die Einleitung eines Verfahrens, sondern den Abschluß eines solchen bezweckt, und daß die eigentliche Veranlassung nicht in den Erstattungsansprüchen des Beklagten, sondern in der Erhebung der Klage durch den Kläger zu suchen ist. An die Zurücknahme der Klage knüpft sich mit Recht die Verpflichtung des Klägers, die Kosten des von ihm veranlaßten Rechtsstreits zu tragen, und die Befugnis des Beklagten, den Ausspruch dieser Verpflichtung im Urteil zu verlangen. Sieht der Beklagte von der Ausübung dieser Befugnis vorläufig ab, in der Annahme, der Kläger werde die verlangten Kosten ohne Urteil bezahlen, so entspricht er damit nicht einem Rechte des Klägers, sondern bietet ihm eine Vergünstigung an, auf die er keinen Anspruch hat. Macht der Kläger — gleichgültig aus welchem Grunde — von der Vergünstigung keinen Gebrauch, so ist es gewiß nicht unbillig, wenn der Beklagte nun auf dem Rechte besteht, das ihm von Anfang an zustand. Damit schwindet der Schein von Billigkeit, der dem eingangs erwähnten Verfahren anhaftet. Man muß aber noch weiter gehen.

Dieses Verfahren kann geradezu eine Unbilligkeit gegen den Beklagten zur Folge haben. Wenn die Entscheidung über die Höhe der Kosten sich nicht auf Grund des Parteivorbringens treffen läßt,[2]) sondern eine Beweiserhebung erfordert, dann muß die Beweisaufnahme und die Beweiswürdigung nach den Grundsätzen desjenigen Verfahrens erfolgen, in dem die Entscheidung getroffen werden soll. Im Kostenfestsetzungsverfahren genügt zur Berücksichtigung eines Ansatzes die Glaubhaftmachung (CPO. § 105 Abs. 3). Für die Verhandlung über die Kostenpflicht gelten die allgemeinen Bestimmungen und damit der Grundsatz, daß nur diejenigen tatsächlichen Behauptungen zu berücksichtigen sind, die das Gericht nach dem Ergebnisse der Verhandlung und der Beweisaufnahme für wahr erachtet (CPO. § 286). Die freie Beweiswürdigung mag diesen Unterschied für den einzelnen Fall mildern, beseitigen kann sie ihn jedoch nicht. Den Beklagten, der die einzelnen Ansätze im Kostenfestsetzungsverfahren nur glaubhaft zu machen braucht, auf diese Weise zu einer förmlichen Beweisführung zu zwingen, wäre im höchsten Grade unbillig, aber nicht vermeidbar. Denn die Zulässigkeit der Glaubhaftmachung vom Kostenfestsetzungsverfahren in die Verhandlung über die Kostenpflicht zu übertragen, dürfte selbst mit Hilfe der Analogie nicht gelingen.

[1]) So wenigstens die herrschende Ansicht: Seuffert a O. § 105 Anm. 1 d.

[2]) Für solche Fälle, in denen der Betrag der Kosten sofort zu ermitteln ist, besteht im Hinblick auf § 103 der CPO. wenigstens für das Verfahren vor den Amtsgerichten ohnedies kein Bedürfnis, die Frage der Kostenhöhe mit der der Kostenpflicht zu vermengen.

---

# Die Gebühren in der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung.

Von Justizrat **Merzbacher** in Nürnberg.

(Schluß.)

### III. Gebühren der Rechtsanwälte.

An Stelle der Sätze des § 9 der RGeb.O. tritt die sog. volle Gebühr im Sinne des Art. 5 der VO. vom 26. III. 1902, die Gebühren der Rechtsanwälte in den Angelegenheiten der Rechtspflege betreffend. Diese stimmt in den Wertsklassen bis zu 10 000 Mark mit den Sätzen des § 9 der RGO. überein, während von 10 000 bis 20 000 Mark die Wertsklassen um je 25 000 Mark und die Gebühren um je 4 Mark und von 20 000 Mark an die Gebühren um je 5 Mark und die Wertsklassen bis 100 000 Mark um je 5000 Mark, bis 300 000 Mark um je 10 000 Mark, bis eine Million Mark um je 25 000 Mark und darüber hinaus um je 50 000 Mark steigen.

Für die Vertretung eines Beteiligten, wie z. B. eines Gläubigers, Vorkaufsberechtigten, des Schuldners, des Erben des eingetragenen Eigentümers usw., im Verfahren der Zwangsversteigerung erhält der Rechtsanwalt nach Art. 17 der gedachten VO.

1. für die Vertretung bis zur Einleitung des Verteilungsverfahrens sowie
2. für die Vertretung im Verteilungsverfahren je 3/10 der vollen Gebühr,
3. für die Vertretung des Antragstellers bis zur Einleitung des Verteilungsverfahrens statt der unter Ziff. 1 bezeichneten Gebühr

und Notwendigkeit des Urteils wird nicht dadurch gehindert, daß die Sache selbst erledigt und die Kosten bezahlt sind". Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, daß die Folgen der Zurücknahme bei der Berufung nicht bloß die Kosten, sondern auch die Hauptsache (Verlust des Rechtsmittels) betreffen, sodaß ein Interesse des Beklagten an der Erwirkung eines Urteils auch dann vorhanden ist, wenn die Kosten bezahlt sind[1]).

Struckmann=Koch[2]) bemerkt zur Zurücknahme der Klage: „Der Antrag (d. i. des Beklagten auf Erlassung eines Urteils im Kostenpunkt) ist unbeschränkt zulässig, sofern nur überhaupt Kosten dem Beklagten erwachsen und noch unberichtigt sind." Dabei wird auf eine Entscheidung des Reichsgerichts vom 22. März 1895 (Juristische Wochenschrift, Jahrg. 1895 S. 198 Nr. 4) und eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 17. Mai 1882 (Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 6 S. 151) hingewiesen. Die Entscheidung des Reichsgerichts, die übrigens durch den Beschluß der vereinigten Zivilsenate vom 21. Juni 1902 (Entsch. Bd. 51 Nr. 2 S. 5) überholt ist, spricht aus, daß auch die Kosten der Vorbereitung einer Widerklage dem Kläger, der die Klage zurückgenommen hat, zur Last fallen, steht also mit unserer Frage in keinem Zusammenhang. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Nürnberg behandelt die Zurücknahme einer Berufung. Der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten und Berufungsführers hatte unter Widerspruch des Gegners behauptet, der Prozeßbevollmächtigte des Klägers für die erste Instanz habe erst nach Empfang der Berufungszurücknahme die Anwaltsbestellung für die zweite Instanz dem Anwalt dieser Instanz zur Unterschrift und beschleunigten Zustellung übersendet, daher seien die Kosten dieser Anwaltsbestellung dem Berufungsführer nicht zur Last zu legen. Das Oberlandesgericht erkannte dem Antrag des Klägers entsprechend, daß der Beklagte seines Rechtsmittels verlustig und verpflichtet sei, die durch dieses entstandenen Kosten zu tragen. Die Gründe führen aus, es finde sich weder in § 243 (nun § 271) noch in § 476 (nun § 515) eine Beschränkung des Inhalts, daß die hier vorgesehenen Urteile nur dann beantragt werden dürften, wenn der Berufungskläger sich weigerte oder zögerte, die dem Gegner entstandenen Kosten auf gütlichem Wege zu bezahlen. Der Antrag des Berufungsbeklagten sei nur in dem Falle unberechtigt, wenn entweder gar keine Kosten auf seiner Seite erwachsen wären, oder der Berufungskläger die Kosten vor der Antragstellung bezahlt hätte.

Unsere Frage wird weder bei Gaupp=Stein noch bei Struckmann=Koch erwähnt. Auch in anderen Kommentaren, wie von Seuffert,[1]) Petersen=Anger[2]) und von Wilmowski=Levy[3]) findet sich darüber nichts. Man wird nicht fehl gehen, wenn man dieses Schweigen dahin auslegt, daß der Frage der Kostenhöhe ein Einfluß auf die Entscheidung über die Kostenpflicht nicht beigemessen wird.

2. Die eingangs dargestellte Auffassung will die im § 271 der CPO. ausgesprochene Kostenpflicht des Klägers im Wege einer analogen Anwendung des § 93 der CPO. einschränken. Es ist daher zunächst die Bedeutung dieser letzteren Bestimmung festzustellen. § 93 lautet: „Hat der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben, so fallen dem Kläger die Prozeßkosten zur Last, wenn der Beklagte den Anspruch sofort anerkennt." Der Grundgedanke dieser Bestimmung läßt sich in dem Satze zusammenfassen: Wer die Rechtshilfe unnötigerweise zur Erreichung eines Zweckes in Anspruch nimmt, den er außergerichtlich hätte erreichen können, muß die Kosten auch dann tragen, wenn er mit seinem Anspruch siegt.[4]) § 93 bildet daher nur scheinbar eine Ausnahme von der Regel, daß die unterliegende Partei die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat (CPO. § 91), in Wahrheit aber eine notwendige Folge des Gedankens, der dieser Regel zugrunde liegt, nämlich: Die im Prozesse gewährte Rechtshilfe erfolgt auf Kosten desjenigen, der sie veranlaßt hat.[5]) Der dem § 93 zugrunde liegende Rechtssatz ist zweifellos der Ausdehnung auf andere Fälle fähig, und es ist auch eine solche Ausdehnung durch die Prozeßordnung nicht ausgeschlossen[6]). Nur darf dabei der Grundgedanke der Analogie, daß nur für wesensgleiche Tatbestände gleiches Recht gelten soll, nicht außer Acht gelassen werden. Es muß daher in § 93 Wesentliches und Unwesentliches geschieden werden.

Unwesentlich ist, daß gerade dem Kläger die Kosten auferlegt werden, obgleich der Beklagte unterliegt; es ließen sich auch die Rollen vertauschen.[7]) Ohne Bedeutung ist, daß es sich um die Hauptsache handelt; § 93 läßt sich auch auf den Kostenerstattungsanspruch anwenden, bei dem der Erstattungsberechtigte an die Stelle des Klägers

---

[1]) Entscheidung des Reichsgerichts vom 2. Dez. 1899, Juristische Wochenschrift, Jahrg. 1900, S. 71 Nr. 4.

[2]) Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich 8. Aufl. § 271 Anm. 6 Abs. 4.

[1]) Kommentar zur Zivilprozeßordnung 9. Aufl. zu § 271 und 8. Aufl. zu § 515.

[2]) Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich 4. Aufl. zu §§ 271 u. 515.

[3]) Die Zivilprozeßordnung 7. Aufl. zu § 243 (nun 271) und 476 (nun 515).

[4]) Planck, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. 1 S. 382.

[5]) Planck a. O. S. 379; Seuffert a. O. zu § 91 Anm. 1; Struckmann=Koch a. O. zu § 93 Anm. 1.

[6]) Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts Bd. 1 § 22, II 1

[7]) Planck a. O. S. 382; Gaupp=Stein a. O. § 271 V 2; aber auch § 91 III § 93 I und Mannherz in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts 49. Jahrgang S. 80.

tritt. Dies ist allgemein anerkannt. Streit besteht nur darüber, wann man sagen kann, daß der Erstattungspflichtige zur Einleitung des Verfahrens keine Veranlassung gegeben hat.[1]) Unwesentlich ist ferner, ob die Voraussetzungen des § 93 für den ganzen Anspruch oder nur für einen Teil zutreffen; die Anwendung des § 93 kann zu einer Kostenteilung führen, die auch nach Prozeßabschnitten erfolgen kann.[2])

Wesentlich dagegen ist, daß der Verpflichtete den Anspruch sofort anerkennt,[3]) und daß er nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben hat. Denn nur in diesem Falle hat der Berechtigte die Hilfe des Gerichts unnötigerweise in Anspruch genommen. Die Aufgabe des Gerichts besteht hauptsächlich in der Entscheidung von Streitigkeiten. Insoweit also der Verpflichtete einen Anspruch bestreitet, ist das Eingreifen des Gerichts nötig und die Anwendung des § 93 ausgeschlossen. Für das Kostenfestsetzungsverfahren folgt hieraus: Von einer Anwendung des § 93 kann nur dann die Rede sein, wenn der Erstattungspflichtige den Anspruch des Berechtigten anerkennt. Wird der Erstattungsanspruch teilweise anerkannt und teilweise bestritten, dann ist § 93 nur hinsichtlich des anerkannten Betrags anwendbar, während im übrigen die allgemeine Regel des § 91 bezw. 92 Platz greift. Hat also im Falle der Zurücknahme der Klage der Kläger die Erstattungsansprüche des Beklagten, soweit sie nach den Grundsätzen der Kostenerstattung begründet sind, anerkannt und befriedigt oder doch zu befriedigen sich erboten und nur die unbegründeten Ansprüche bestritten, so sind auf den Antrag des Beklagten zwar die zu erstattenden Kosten auf den begründeten Betrag festzusetzen, die Kosten des Festsetzungsverfahrens aber sämtlich dem Beklagten aufzuerlegen. Die Kostenpflicht des Beklagten beruht dabei nicht ausschließlich,[4]) sondern nur hinsichtlich des anerkannten Betrags auf § 93, hinsichtlich des bestrittenen dagegen auf § 92 der CPO.

Ob aber die erwähnten Tatsachen die analoge Anwendung dieser Bestimmungen auch für das der Kostenfestsetzung vorausgehende Urteil nach § 271 Abs. 3 der CPO. rechtfertigen, hängt von der Bedeutung ab, die dem Urteil im Sinne dieser Bestimmung beizumessen ist.

3. Nach § 271 Abs. 3 der CPO. ist der Kläger verpflichtet, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, sofern nicht über sie bereits rechtskräftig erkannt ist. Eine Einschränkung dieser Regel durch die Anwendung anderer Bestimmungen

[1]) Seuffert, a. O. zu § 105 Anm. 1 f.

[2]) Entscheidung des Reichsgerichts vom 27. Oktober 1887 Bd. 19 Nr. 88 S. 430.

[3]) Und erfüllt, die bloße Anerkennung genügt nicht. Wach, a. O. S. 20 Anm. 18.

[4]) Wie man nach Petersen-Anger a. O. zu § 105 Anm. 6 meinen könnte.

des Kostenrechts[1]) ist zwar nicht ausgeschlossen, aber doch nur dann zuzulassen, wenn es mit dem Inhalt des § 271 und seiner Stellung im System der Zivilprozeßordnung in Einklang zu bringen ist.

Die Zivilprozeßordnung gibt keine vollständige Regelung der Kostenfrage, unterscheidet aber innerhalb ihrer Bestimmungen scharf zwei Streitpunkte: die Kostenpflicht und die Höhe der zu erstattenden Kosten. Die Kostenpflicht (CPO. §§ 91—102) umfaßt alle Kosten, die den Parteien im Rechtsstreit erwachsen sind. Die Entscheidung über die Kostenpflicht besagt daher zweierlei: daß der Kostenpflichtige die Kosten, die er aufgewendet hat, endgültig selbst zu tragen, und daß er die Kosten, die dem Gegner erwachsen sind, diesem zu erstatten hat.[2]) Auch soweit es sich um die Kostenerstattung handelt, befaßt sich die Entscheidung nur mit der Verpflichtung als solcher, nicht mit der Höhe der zu erstattenden Kosten. Die Höhe der Kosten ist in einem besonderen Verfahren, dem sog. Kostenfestsetzungsverfahren (CPO §§ 104 ff.) zu behandeln.[3]) Die Entscheidung über die Kostenpflicht bildet natürlich die Voraussetzung und Grundlage für die Kostenfestsetzung, bei der die erstere Entscheidung nur in den von ihr offen gelassenen Punkten (ob Kosten erwachsen sind, ob sie unter die Kostenpflicht fallen, und ob sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig waren, CPO. § 91) zu ergänzen ist. Der verschiedenen Bedeutung beider Entscheidungen entsprechen auch die Verschiedenheiten des Verfahrens. Ueber die Kostenpflicht wird im regelmäßigen Verfahren nach obligatorischer mündlicher Verhandlung durch Urteil erkannt; Beweisaufnahme und Beweiswürdigung unterliegen den allgemeinen Grundsätzen. Die Festsetzung der Kosten dagegen kann ohne mündliche Verhandlung, ja ohne Gehör des Gegners stattfinden; die Entscheidung erfolgt durch Beschluß; zur Berücksichtigung eines Ansatzes genügt, daß er glaubhaft gemacht ist. Nur das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde ist, wenigstens für unseren Fall, gleichmäßig zugelassen (CPO. §§ 105, 99 Abs. 3).

Das Urteil des § 271 Abs. 3 hat gegenüber anderen Entscheidungen, die sich mit der Kostenpflicht befassen, nur das Besondere, daß es lediglich im Interesse des Beklagten und nur auf seinen Antrag ergeht. Dem Inhalt nach stimmt es mit ihnen überein. Es umfaßt daher ebenfalls alle Kosten des Rechtsstreits und spricht folgeweise, aber nicht ausschließlich, auch die Verpflichtung

[1]) Z. B. CPO. § 95, Gaupp-Stein a. O., § 271 V 2; zu CPO. § 344 Gaupp-Stein II und Seuffert Anm. 1 a. E.; vgl. auch die Entscheidung des Oberlandesgerichtes Colmar vom 30. Oktober 1901 (Das Recht 1903 S. 131 Nr. 678).

[2]) Planck a. O. S. 384.

[3]) Beschluß des Oberlandesgerichts Celle vom 3. Januar 1901 (Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Bd. 2 S. 163).

des Klägers aus, die dem Beklagten erwachsenen Kosten zu erstatten. Hienach ist es schon an sich bedenklich, Tatsachen, die nur die Erstattung der Kosten betreffen, einen Einfluß auf die Entscheidung über die Kostenpflicht beizumessen, es müßte denn sein, daß diese Tatsachen zugleich das rechtliche Interesse an der Erwirkung eines Urteils hinfällig machen und den Antrag des Beklagten nicht bloß als unnötig (CPO. § 93), sondern als unzulässig erscheinen lassen. So z. B. wenn die dem Beklagten erwachsenen Kosten bezahlt oder dem Beklagten Kosten (nicht zu verwechseln mit: erstattungsfähige Kosten) überhaupt nicht erwachsen sind. In diesem Falle würde es an einem des Rechtsschutzes bedürftigen Interesse [1] des Beklagten fehlen. Ein solches ist auch für den Antrag des § 271 Abs. 3 notwendig. Nur darf dies nicht mißverstanden werden. Das Gesetz geht von der Annahme aus, daß der Beklagte ein Interesse an der Erwirkung eines Urteils hat. Der Beklagte braucht daher nicht nachzuweisen, daß ihm ein solches Interesse zur Seite steht, wohl aber muß es dem Gegner gestattet sein, seinerseits den Nachweis zu führen, daß der Beklagte ein Interesse nicht hat und nicht haben kann. In diesem Sinne ist wohl auch zu verstehen, was das Oberlandesgericht Nürnberg in den Gründen der unter Ziffer 1 erwähnten Entscheidung zu diesem Fall bemerkt.

Auch insoweit, als das Urteil die Kostenerstattung betrifft, stellt es nur die Verpflichtung an sich, nicht die Höhe der zu erstattenden Kosten fest. [2]) Ueber die Höhe der Kosten entscheidet erst der nachfolgende Kostenfestsetzungsbeschluß. Der wesentliche Unterschied, der sich hieraus für den Inhalt des Urteils und des Beschlusses ergibt, ist gerade für den hier erörterten Fall von Bedeutung, in dem der von dem Beklagten berechnete Kostenbetrag zum Teil anerkannt, im übrigen aber unbegründet ist. Während es sich im Kostenfestsetzungsverfahren darum handelt, ob ein von dem Beklagten ziffermäßig angegebener Betrag ganz oder teilweise begründet ist, und folgeweise auch ein teilweises Anerkenntnis des erhobenen Anspruchs denkbar und zur Berücksichtigung geeignet ist, kann von einem teilweisen Anerkenntnisse bei der Entscheidung über die Kostenpflicht nicht die Rede sein, weil es sich hier nicht um ziffermäßig festzustellende Ansprüche handelt. Damit entfällt auch die analoge Anwendung des § 93 der CPO. Sie könnte von diesem Gesichtspunkte aus überhaupt nur dann in Frage kommen, wenn, was allerdings kaum praktische Bedeutung hat, die Höhe der Kosten unter den Parteien feststünde, der

[1]) Wach a. O. S. 20.

[2]) Die für das Verfahren vor den Amtsgerichten nach § 103 der CPO. vorgesehene Festsetzung der Kosten im Urteil bildet keine Ausnahme; denn es handelt sich nur um eine rein äußerliche Verbindung des Festsetzungsbeschlusses mit der Entscheidung über die Kostenpflicht. Seuffert a. O. zu § 103 Anm. 3, Kling in Nr. 10 dieser Zeitschrift S. 229.

Kläger die Kostenforderung des Beklagten vollständig anerkannt und befriedigt, oder doch zu befriedigen sich erboten hätte, und der Beklagte gleichwohl auf der Erlassung eines Urteils bestünde.[1])

In unserem Falle, in dem nur ein Teil der Kosten anerkannt, der andere aber bestritten ist, kann § 93 unter keinen Umständen Anwendung finden. Man kann auch nicht sagen, daß die Erwirkung eines Urteils nicht nötig wäre. Wenn der Beklagte im Kostenfestsetzungsverfahren eine Entscheidung über die von dem Gegner bestrittenen Kostenansätze herbeiführen will, bedarf er des Urteils als notwendiger Voraussetzung für die Einleitung dieses Verfahrens.

Aus den Bestimmungen der Zivilprozeßordnung ergibt sich aber, daß der Beklagte eine Entscheidung über die Höhe der Kosten nur im Festsetzungsverfahren herbeiführen kann. Durch die Scheidung zwischen Kostenpflicht und Kostenhöhe bringt das Gesetz deutlich zum Ausdruck, daß eine Vermengung beider Fragen vermieden werden soll, und daß die Frage der Kostenhöhe in dem hierfür bestimmten Verfahren nicht bloß entschieden werden kann, sondern entschieden werden muß.

Dieser Standpunkt des Gesetzes ist auch wohl begründet. Die Erfahrung zeigt, mit welcher Zahl von einzelnen Posten bei Kostenfestsetzungsgesuchen zu rechnen ist, und welche Kleinigkeiten hier oft zu Streit und Beschwerden Anlaß geben. Für die Entscheidung solcher Dinge den ganzen Aufwand einer mündlichen Verhandlung in Anspruch zu nehmen, würde in keinem Verhältnis zu der nebensächlichen Bedeutung stehen, die wenigstens theoretisch der Kostenfrage gegenüber der Hauptfrage beizulegen ist. Die geringere Bedeutung der Kostenfrage macht die Erledigung in dem einfacheren und rascher durchzuführenden Kostenfestsetzungsverfahren geradezu notwendig.[2])

Dem Willen des Gesetzes würde es widersprechen, wenn der Frage, ob die Höhe der Kosten mit Recht oder mit Unrecht bestritten wird, eine ausschlaggebende Bedeutung für die Entscheidung in einem Verfahren beigemessen werden würde, das zur Entscheidung über diese Frage nicht bestimmt

[1]) Doch ist es hier nicht erforderlich, auf § 93 zurückzugreifen (siehe oben). Ferner darf mit einem Angebot im Sinne des Textes nicht eine allgemeine Erklärung des Klägers, dem Beklagten die Kosten freiwillig zu erstatten, verwechselt werden. Eine solche Erklärung würde die Ueberbürdung von Kosten auf den Antragsteller umsoweniger rechtfertigen, als, solange die Höhe der Kosten nicht feststeht, jederzeit ein Streit hierüber möglich ist, und auf diese Weise nachträglich sich ergeben könnte, daß das Urteil im Kostenpunkt notwendig war.

[2]) Aus den Motiven der CPO.: „Die Zulassung schriftlicher Verhandlung im Festsetzungsverfahren rechtfertigt sich aus der Notwendigkeit, den auf die Hauptentscheidung nicht mehr einwirkenden Gegenstand einfach, rasch und wohlfeil zu erledigen. Stellen sich im einzelnen Falle Schwierigkeiten heraus, so kann das Gericht mündliche Verhandlung anordnen“ (zitiert nach Hellmann, Zivilprozeßordnung 1878 S. 340).

ist. Wie Einwendungen, die nur die Kostenpflicht betreffen, im Kostenfestsetzungsverfahren nicht zu beachten sind,[1]) so dürfen umgekehrt Einwendungen, die nur die Höhe der Kosten betreffen, bei der Verhandlung über die Kostenpflicht nicht berücksichtigt werden. Der Streit über die Höhe der Kosten gehört ausschließlich in das Kostenfestsetzungsverfahren, und es wäre eine unzulässige Umgehung dieser aus den Bestimmungen des Gesetzes zu entnehmenden Rechtsnorm, wenn man die formelle Entscheidung dem Festsetzungsverfahren zuweisen, die Würdigung der Kostenhöhe aber gleichwohl dazu benützen würde, um eine von der Regel abweichende Verteilung der Kostenpflicht zu begründen. Eine Berücksichtigung der Kostenhöhe ist daher bei der Entscheidung über die Kostenpflicht ausgeschlossen und auch im Wege einer analogen Anwendung des § 93 des CPO. nicht zu rechtfertigen.

4. Die Antwort auf die im Anfang aufgeworfene Frage lautet also:

**Der Streit über die Höhe der Kosten ist ohne Einfluß auf das der Zurücknahme der Klage folgende Urteil im Kostenpunkt.**

Dieses Ergebnis widerspricht auch nicht der Billigkeit, wenn man berücksichtigt, daß der Antrag des Beklagten nicht die Einleitung eines Verfahrens, sondern den Abschluß eines solchen bezweckt, und daß die eigentliche Veranlassung nicht in den Erstattungsansprüchen des Beklagten, sondern in der Erhebung der Klage durch den Kläger zu suchen ist. An die Zurücknahme der Klage knüpft sich mit Recht die Verpflichtung des Klägers, die Kosten des von ihm veranlaßten Rechtsstreits zu tragen, und die Befugnis des Beklagten, den Ausspruch dieser Verpflichtung im Urteil zu verlangen. Sieht der Beklagte von der Ausübung dieser Befugnis vorläufig ab, in der Annahme, der Kläger werde die verlangten Kosten ohne Urteil bezahlen, so entspricht er damit nicht einem Rechte des Klägers, sondern bietet ihm eine Vergünstigung an, auf die er keinen Anspruch hat. Macht der Kläger — gleichgültig aus welchem Grunde — von der Vergünstigung keinen Gebrauch, so ist es gewiß nicht unbillig, wenn der Beklagte nun auf dem Rechte besteht, das ihm von Anfang an zustand. Damit schwindet der Schein von Billigkeit, der dem eingangs erwähnten Verfahren anhaftet. Man muß aber noch weiter gehen.

Dieses Verfahren kann geradezu eine Unbilligkeit gegen den Beklagten zur Folge haben. Wenn die Entscheidung über die Höhe der Kosten sich nicht auf Grund des Parteivorbringens treffen läßt,[2]) sondern eine Beweiserhebung erfordert, dann muß die Beweisaufnahme und die Beweiswürdigung nach den Grundsätzen desjenigen Verfahrens erfolgen, in dem die Entscheidung getroffen werden soll. Im Kostenfestsetzungsverfahren genügt zur Berücksichtigung eines Ansatzes die Glaubhaftmachung (CPO. § 105 Abs. 3). Für die Verhandlung über die Kostenpflicht gelten die allgemeinen Bestimmungen und damit der Grundsatz, daß nur diejenigen tatsächlichen Behauptungen zu berücksichtigen sind, die das Gericht nach dem Ergebnisse der Verhandlung und der Beweisaufnahme für wahr erachtet (CPO. § 286). Die freie Beweiswürdigung mag diesen Unterschied für den einzelnen Fall mildern, beseitigen kann sie ihn jedoch nicht. Den Beklagten, der die einzelnen Ansätze im Kostenfestsetzungsverfahren nur glaubhaft zu machen braucht, auf diese Weise zu einer förmlichen Beweisführung zu zwingen, wäre im höchsten Grade unbillig, aber nicht vermeidbar. Denn die Zulässigkeit der Glaubhaftmachung vom Kostenfestsetzungsverfahren in die Verhandlung über die Kostenpflicht zu übertragen, dürfte selbst mit Hilfe der Analogie nicht gelingen.

[1]) So wenigstens die herrschende Ansicht: Seuffert a. O. § 105 Anm. 1 d.

[2]) Für solche Fälle, in denen der Betrag der Kosten sofort zu ermitteln ist, besteht im Hinblick auf § 103 der CPO. wenigstens für das Verfahren vor den Amtsgerichten ohnedies kein Bedürfnis, die Frage der Kostenhöhe mit der der Kostenpflicht zu vermengen.

---

# Die Gebühren in der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung.

Von Justizrat **Merzbacher** in Nürnberg.

(Schluß.)

### III. Gebühren der Rechtsanwälte.

An Stelle der Sätze des § 9 der RGeb.O. tritt die sog. volle Gebühr im Sinne des Art. 5 der VO. vom 26. III. 1902, die Gebühren der Rechtsanwälte in den Angelegenheiten der Rechtspflege betreffend. Diese stimmt in den Wertsklassen bis zu 10 000 Mark mit den Sätzen des § 9 der RGO. überein. während von 10 000 bis 20 000 Mark die Wertsklassen um je 25 000 Mark und die Gebühren um je 4 Mark und von 20 000 Mark an die Gebühren um je 5 Mark und die Wertsklassen bis 100 000 Mark um je 5000 Mark, bis 300 000 Mark um je 10 000 Mark, bis eine Million Mark um je 25 000 Mark und darüber hinaus um je 50 000 Mark steigen.

Für die Vertretung eines Beteiligten, wie z. B. eines Gläubigers, Vorkaufsberechtigten, des Schuldners, des Erben des eingetragenen Eigentümers usw., im Verfahren der Zwangsversteigerung erhält der Rechtsanwalt nach Art. 17 der gedachten VO.

1. für die Vertretung bis zur Einleitung des Verteilungsverfahrens sowie
2. für die Vertretung im Verteilungsverfahren je $^3/_{10}$ der vollen Gebühr,
3. für die Vertretung des Antragstellers bis zur Einleitung des Verteilungsverfahrens statt der unter Ziff. 1 bezeichneten Gebühr

4/10, wenn er einen Antrag auf Zwangsversteigerung gestellt oder einen Versteigerungstermin wahrgenommen hat; wenn er einen solchen Antrag gestellt und einen Versteigerungstermin wahrgenommen hat, dagegen 6/10 der vollen Gebühr,

4. für die Vertretung eines anderen Beteiligten bis zur Einleitung des Verteilungsverfahrens, wenn er einen Versteigerungstermin wahrgenommen hat, 4/10 anstatt der in Ziff. 1 erwähnten 3/10 der vollen Gebühr,

5. 8/10 der vollen Gebühr, wenn unter seiner Mitwirkung eine außergerichtliche Verteilung stattfindet. Auf diese Gebühr wird die Gebühr für die Vertretung im Verteilungsverfahren angerechnet.

Für die Berechnung dieser Gebühren ist nach Art. 18 der VO. im Falle der Vertretung des Gläubigers oder eines anderen Berechtigten (§ 9 Nr. 1, 2 des ZVG.) wie z. B. eines Mieters, welchem das Grundstück überlassen ist, der Wert des Rechts maßgebend, wobei die neben einem Hauptanspruche bestehenden Ansprüche wegen der Kosten und Nebenleistungen unberücksichtigt bleiben. Das Wort „Recht" umfaßt hier auch die Ansprüche. Im Falle der Vertretung des Gläubigers ist der nach § 13 GKG. sich berechnende Wert des Anspruchs, wegen dessen die Zwangsversteigerung beantragt ist, maßgebend, wenn er größer ist als der Wert des Rechts ohne Kosten und Nebenleistungen. Die Begründung S. 472 ff. gibt hiezu folgendes Beispiel: Wenn der Wert des Rechts des Gläubigers ohne Kosten und Nebenleistungen 640 Mk., der Wert des Anspruchs des Gläubigers dagegen 700 Mk. beträgt, so soll die Gebühr aus 700 Mk. zu berechnen sein.

Ist im Falle der Erteilung des Zuschlags das Meistgebot, in den Fällen, in denen das Verfahren vor der Erteilung des Zuschlags erledigt wird, der Wert des Gegenstandes der Zwangsversteigerung geringer als der nach dem vorstehenden Absatz maßgebende Betrag, so ist das Meistgebot oder der Wert des Gegenstandes der Zwangsversteigerung maßgebend. Wenn z. B. der Rechtsanwalt das Verfahren für einen Gläubiger wegen einer Hypothekforderung zu 3000 Mk. samt Zinsen und Kosten betreibt, das Grundstück aber für 2500 Mk. zugeschlagen wird, so sind die Gebühren nur aus dem letzteren Betrage zu berechnen.

Bei der Vertretung eines anderen Beteiligten, wie z. B. des Schuldners, des Erben des eingetragenen Eigentümers, des Miteigentümers oder Miterben bestimmen sich die Gebühren im Falle der Erteilung des Zuschlags nach dem Meistgebot oder nach dem Anteil des Vertretenen an dem Meistgebot, in den Fällen, in denen das Verfahren vor der Erteilung des Zuschlags erledigt wird, nach dem Werte des Gegenstandes der Zwangsversteigerung oder nach dem Anteile des Vertretenen an diesem Werte. Der Wert ist gegebenenfalls zu schätzen.

Der Wert mehrerer Rechte oder Ansprüche, wie z. B. mehrerer Hypothekforderungen, ebenso mehrere Meistgebote oder Werte von Gegenständen der Zwangsversteigerung, auf die sich das Recht des Auftraggebers erstreckt, sind zusammenzurechnen.

Wenn sich die Tätigkeit des Rechtsanwalts auf die Vertretung in dem Verfahren bis zum Versteigerungstermin beschränkt und die Wahrnehmung eines anderen Termins, wie z. B. eines solchen zur Erörterung über das geringste Gebot (§ 62 ZVG.), nicht stattgefunden hat, so ist für die Berechnung der Gebühr des Vertreters des Gläubigers der Wert des Anspruchs des Gläubigers, wegen dessen die Zwangsversteigerung beantragt ist, maßgebend. Wenn z. B. der Rechtsanwalt einen Gläubiger vertritt, dessen Hypothekforderung 10000 Mark beträgt, während die Zwangsversteigerung nur wegen einer Zinsenforderung zu 300 Mark beantragt ist, so sind die Gebühren nur aus dem letzteren Betrage zu berechnen. Für die Berechnung der Gebühr des Vertreters eines anderen Beteiligten als des Antragstellers ist der Betrag maßgebend, der in demselben Falle der Berechnung der Gebühr des Antragstellers zu Grunde zu legen wäre. Wenn also z. B. das Verfahren wegen einer Zinsenforderung von 300 Mark beantragt ist, der Rechtsanwalt aber einen Beteiligten vertritt, welcher 4000 Mark zu fordern hat und die Vertretung nur in dem Verfahren bis zum Versteigerungstermin stattfindet, so sind die Gebühren lediglich aus dem Betrage von 300 Mark zu berechnen. Wenn mehrere Antragsteller vorhanden sind, so ist unter den der Berechnung der Gebühren ihrer Vertreter zu Grunde zu legenden Beträgen der größte maßgebend. Der nach den vorstehenden vier Absätzen zu Grunde zu legende Betrag ist dagegen maßgebend, wenn er geringer ist.

Gemäß Art. 22 der VO. sind die vorbezeichneten Vorschriften auch bei der gerichtlichen Versteigerung eines Bergwerkes oder einer Anlage, auf welche die Vorschrift des Art. 258 des Berggesetzes Anwendung findet, und bei der im Art. 267 Abs. 2 des Bergges. vorgeschriebenen Zwangsversteigerung eines unbeweglichen Kuxes anzuwenden.

Nach Art. 19 erhält der Rechtsanwalt für die Vertretung desjenigen Gläubigers, für welchen das Verfahren angeordnet oder der Beitritt zugelassen ist (§§ 146, 15, 20, 27 ZVG.), des Schuldners oder des Konkursverwalters im Verfahren der Zwangsverwaltung, einschließlich des Verteilungsverfahrens, jährlich 2/10 der vollen Gebühr aus dem Betrage, der in jedem Verwaltungsjahre zur Verteilung an die Gläubiger gelangt (Wert der Einkünfte des Jahres), jedoch mindestens jährlich 10 Mark, gleichviel, ob die Verteilung gerichtlich oder außergerichtlich erfolgt.

Außerdem erhält der Rechtsanwalt für den

Antrag auf Anordnung der Zwangsverwaltung oder auf Zulassung des Beitritts 3/10 der vollen Gebühr und zwar, wenn er einen Gläubiger vertritt, aus dem sich nach § 13 GKG. berechnenden Werte des Anspruchs oder der Ansprüche, wegen deren die Zwangsverwaltung von ihm beantragt ist, wenn er dagegen den Konkursverwalter vertritt, aus dem Werte der Einkünfte des Verwaltungsjahres, in dem der Antrag gestellt ist, in jedem der beiden Fälle jedoch mindestens 10 Mark. Eine Gebühr von mehr als 10 Mark steht daher dem Rechtsanwalte für den Antrag auf Anordnung der Zwangsverwaltung oder auf Zulassung des Beitritts nur dann zu, wenn der Gebührenberechnung ein Betrag von mehr als 1600 Mark zu Grunde zu legen ist, also wenn z. B. in dem vorerwähnten Falle die Einkünfte des maßgebenden Verwaltungsjahres 2000 Mark betragen oder wenn die Anordnung der Zwangsverwaltung oder die Zulassung des Beitritts namens eines Gläubigers wegen einer vollstreckungsreifen Forderung von 2500 Mark betrieben wird.

Wenn sich die Tätigkeit des Rechtsanwalts auf die Vertretung in dem Verfahren wegen Anordnung der Zwangsverwaltung oder wegen Zulassung des Beitritts beschränkt, so erhält er, wenn er einen Antrag auf Zwangsverwaltung gestellt hat, nur die ihm nach dem vorstehenden Absatze zukommende Gebühr. Wenn er einen solchen Antrag nicht gestellt hat, so erhält er 2/10 der vollen Gebühr und zwar als Vertreter eines Gläubigers aus dem Werte des Anspruchs oder der Ansprüche, wegen deren die Zwangsverwaltung beantragt ist, als Vertreter des Konkursverwalters oder des Schuldners aus dem Werte der Einkünfte des Verwaltungsjahres, in dem der Antrag gestellt ist, auf den sich die Tätigkeit des Rechtsanwalts bezieht und, wenn sie sich auf mehrere in verschiedenen Jahren gestellte Anträge bezieht, aus dem größten Jahresbetrage der Einkünfte; die Gebühr beträgt mindestens 5 Mark. Wenn es nicht zur Anordnung der Zwangsverwaltung kommt, ist der Wert der jährlichen Einkünfte unter Umständen durch Schätzung festzustellen.

Wenn der Rechtsanwalt im Verfahren der Zwangsverwaltung einen anderen Berechtigten als den Gläubiger, wie z. B. einen Mieter oder den Erben des eingetragenen Eigentümers, vertritt, so erhält er nach Art. 20 für die Vertretung in dem Verfahren wegen Anordnung der Zwangsverwaltung oder wegen Zulassung des Beitritts einmal 2/10, für die Vertretung in dem weiteren Verfahren, z. B. in dem Verteilungsverfahren, einmal 3/10 der vollen Gebühr aus dem Werte der wiederkehrenden Leistungen eines Jahres, falls jedoch der Wert der Einkünfte des Verwaltungsjahres, in welchem der Rechtsanwalt zuerst eine Tätigkeit für den Berechtigten entwickelt hat, geringer ist, nur aus diesem letzteren Werte, stets jedoch in dem Verfahren wegen Anordnung der Zwangsverwaltung oder des Beitritts mindestens 5 und in dem weiteren Verfahren mindestens 10 Mark. Diese Vorschriften gelten auch für das außergerichtliche Verteilungsverfahren.

Wenn in den Fällen der Art. 19, 20 die Gebühr aus dem Werte der Einkünfte zu berechnen ist, so ist der volle Wert der Einkünfte des Verwaltungsjahres auch dann maßgebend, wenn der dem Rechtsanwalt erteilte Auftrag vor der Beendigung des Verwaltungsjahres aufgehoben wird. An die Stelle der in den Art. 19, 20 bestimmten geringsten Beträge der Gebühren tritt die Hälfte dieser Beträge, wenn der Rechtsanwalt denselben Beteiligten gleichzeitig in dem Verfahren der Zwangsversteigerung bezüglich desselben Gegenstandes vertritt.

---

## Zur Frage des gerichtlichen Zwangsvergleichs ohne Konkurs.

Von **Dr. Heinr. Kühlewein**, II. Staatsanwalt in Nürnberg.

Seit längerer Zeit besteht in den Handelskreisen Deutschlands eine Bewegung zugunsten der Schaffung eines Gesetzes, durch welches ein gerichtlicher Zwangsvergleich außerhalb des Konkursverfahrens ermöglicht werden soll. Diese Bewegung führte nun vor kurzem zu einem Gesuch der Berliner Handelskammer an den Staatssekretär des Reichsjustizamts um Einbringung eines Gesetzentwurfes in diesem Sinne.

Dieses Vorgehen wurde im allgemeinen mit Freuden begrüßt; so hat erst in der letzten Zeit der Deutsche Handelstag bei seiner 31. Vollversammlung eine Resolution gefaßt, in der ein Verfahren, welches im Falle der Ueberschuldung einen gerichtlichen Zwangsvergleich außerhalb des Konkurses und zur Abwendung des Konkurses ermöglicht, als dringendes Bedürfnis erklärt wurde. Nur von einigen Seiten wurde gewarnt unter Hinweis auf die wirtschaftliche Gefahr, die in der möglichen Begünstigung böswilliger Schuldner liege. Dieser Einwand ist nicht neu. Bereits in dem Entwurf einer deutschen Gemeinschuldordnung, der späteren Konkursordnung, war in den §§ 233 ff. ein außergerichtliches Vergleichsverfahren als Vorverfahren zum Konkursverfahren vorgesehen. Dieses wurde jedoch nicht in die Konkursordnung übernommen, weil „ein so gestaltetes Vergleichsverfahren die Gläubiger in hohem Maße zu gefährden geeignet sei". Aus demselben Grunde hat auch der Entwurf zur Konkursnovelle vom Jahre 1898 ein derartiges Verfahren nicht mehr eingestellt. Auch die Motive zur Konkursordnung betonen beim Zwangsvergleich, „die durch einen Akkord gebotene Möglichkeit, schnell und erschöpfend alle Schuldverhältnisse zu lösen, dürfe dem Gemeinschuldner nicht als lockender Anreiz

erscheinen, seinen Bedrängnissen durch Zahlungseinstellung ein Ende zu machen".

Hier sollen jedoch nur diejenigen Bedenken hervorgehoben werden, die sich vom konkursrichterlichen Standpunkte aus bei einer Würdigung des Vorschlages ergeben.

Die Vorteile, welche sich die Freunde des neuen Verfahrens erhoffen, lassen sich folgendermaßen zusammenfassen:

Schnellere Durchführung des Verfahrens.
Bedeutende Kostenersparnis.
Vermeidung einer Verschleuderung der Masse.
Vermeidung des wirtschaftlichen und bürgerlichen Ruins des Schuldners.
Erzielung einer höheren Quote für die Gläubiger.

Diese Vorteile strebt allerdings auch das gegenwärtige Zwangsvergleichsverfahren innerhalb des Konkursverfahrens an, die Berliner Handelskammer bezeichnet jedoch dieses Verfahren als unzulänglich.[1]) Die Durchschnittsquote sei sehr gering; die Kosten des Verfahrens seien hoch, durch die notwendig vorausgehende Konkurseröffnung verliere der Schuldner nicht nur seine wirtschaftliche, sondern auch seine bürgerliche Existenz, er zögere deshalb in der Regel zu lange mit dem Antrage auf Konkurseröffnung und seine Verwandten und Freunde seien später nicht mehr bereit, ihm Hilfe zu leisten. Die Möglichkeit des privaten Vergleichs erweise sich aber allzu häufig infolge des Widerstandes einiger Gläubiger als untauglich.

Dieser letzterwähnte Mangel ist die Hauptveranlassung für das Bestreben, den Privatvergleich, den Versuch ein „Arrangement" herbeizuführen, einem gerichtlichen Verfahren außerhalb des Konkurses zu unterstellen: man will auf diese Weise den Beschlüssen der Mehrheit die Möglichkeit einer Zwangswirkung gegenüber der Minderheit verschaffen.

Die Berliner Handelskammer ist sich darüber klar, daß ein solches Verfahren nur unter bestimmten Voraussetzungen Platz greifen könnte und führt hierüber folgendes aus:

„Die Möglichkeit ohne Anmeldung des Konkurses seine wirtschaftliche Existenz zu behalten und zu kräftigen, soll nur demjenigen Schuldner gewährt werden, der sie verdient und von dem erwartet werden kann, daß er sie auszunützen bestrebt sein wird. Darum müssen ordnungsmäßige Führung der Bücher und die Feststellung, daß das Vergleichsangebot nicht auf unlautere Motive zurückzuführen sei, wesentliche Voraussetzungen der Zulassung des Verfahrens sein. Es muß weiterhin zur Sicherung der Gläubiger, welche als die eigentlichen Verlusttragenden den größten Anspruch auf die Hilfe der Gesetzgebung haben, von dem den Zwangsvergleich beantragenden Schuldner ein bestimmt formulierter Vergleichsvorschlag nebst der Angabe verlangt werden, in welcher Weise die Erfüllung des Angebots gesichert werden soll. Die Mindestquote soll 40 bis 50 % betragen. Nur demjenigen Schuldner ist der Anspruch auf den Zwangsvergleich zu gewähren, der nicht länger als 2 Jahre mit Unterbilanz gearbeitet hat. Das Verfahren soll richterlich geprüft und überwacht werden; die Verfügungen des Schuldners werden sorgfältig zu beaufsichtigen, event. zum Teil zu verbieten sein."

Die Mitwirkung des Gerichts bei dem gedachten Verfahren erscheint demnach geboten, damit eine gewisse Garantie für das Vorhandensein der notwendigen Voraussetzungen für die Zulässigkeit und das Zustandekommen des Vergleichs gegeben ist, und damit gegen die widersprechende Minderheit der Gläubiger ein Zwang ausgeübt werden kann.

Sind alle Gläubiger festgestellt und stimmen sie alle dem Vergleichsvorschlag zu, so liegt der Fall einfach; es wird aber dann wahrscheinlich das Gericht überhaupt nicht in Anspruch genommen werden. Widerspricht dagegen nur ein einziger Gläubiger und soll das Gericht den Beschluß mit Zwangswirkung gegen ihn ausstatten, so wird das Verfahren sofort einen bedeutenden Umfang annehmen müssen. Der Nachweis seitens der Majorität, daß der Widerspruch jenes einzelnen oder der sämtlichen in Minderheit gebliebenen Gläubiger frivol und deshalb nicht zu beachten sei, wird wohl nie gelingen. Dann aber kann es nicht Sache des Richters sein, einfach dem Willen der Mehrheit durch Bestätigung des Vergleichs und damit durch einen gewaltsamen Eingriff in die Privatrechte der Minderheit Geltung zu verschaffen, er wird im Gegenteil seine Aufgabe zunächst darin zu erblicken haben, der Minderheit einen Schutz gegen eine allenfallsige Vergewaltigung durch die Mehrheit zu gewähren, welche unter Umständen mit erdichteten oder übertriebenen Forderungen arbeitet oder sich über die Würdigkeit des Gemeinschuldners im Irrtum befindet. Seine Verantwortlichkeit wird dabei um so größer sein, weil er niemals die gleichen Garantien für das Vorhandensein der notwendigen Voraussetzungen zur Bestätigung haben wird, wie bei einem Zwangsvergleich innerhalb des Konkursverfahrens. Hier, wie dort, wird eine Prüfung der Bücher, eine Ermittelung und Sicherung des Eigentums des Schuldners, eine Prüfung der angemeldeten Forderungen, überhaupt aller gegen den Schuldner oder von ihm behaupteten Vermögensrechte stattzufinden haben. Daß man sich dabei einseitig auf die Angaben des Schuldners oder auf die

[1]) Die sämtlichen Mitteilungen über den Inhalt der erwähnten Eingabe der Berliner Handelskammer sind nicht dieser selbst, sondern einem kurzen Bericht im Handelsblatt der Frkf. Ztg. Nr. 313/04 entnommen.

Angaben der Gläubiger stützen dürfte — beides ist in ausländischen Gesetzgebungen zugelassen — würde in Deutschland wohl niemals gesetzliche Billigung finden können, würde auch unserem Rechtsempfinden widersprechen. Diese Prüfungen und Feststellungen durch das Gericht selbst oder durch eine Person, die eine den Aufgaben eines Konkursverwalters entsprechende Tätigkeit zu entfalten haben würde, werden in einem Verfahren außerhalb des Konkurses bedeutend schwieriger, bedeutend weniger verlässig und häufig überhaupt bei dem Mangel der durch die Konkurseröffnung gebotenen Handhaben und Sicherungen unmöglich sein. Ist es schon im Konkursverfahren sehr schwierig, die Böswilligkeit eines Schuldners zu erkennen und nachzuweisen, so wird es außerhalb des Konkursverfahrens noch viel weniger gelingen, Scheingeschäfte, Verschleppungen, Bevorzugungen einzelner Gläubiger ꝛc. aufzudecken; dabei soll aber der Richter noch die besondere „Würdigkeit" des Schuldners feststellen! Hiezu kommt noch, daß gewiß manche Schuldner es gerade im Hinblick auf die Annehmlichkeiten eines derartigen Konkursabwendungsverfahrens absichtlich oder doch in leichtfertiger Weise zu ihrer Zahlungsunfähigkeit kommen lassen werden.

Der Richter bedarf demnach außerhalb des Konkursverfahrens mindestens derselben Sicherungsmaßregeln wie im Konkursverfahren; es müssen insbesondere alle Zwangsvollstreckungen seitens einzelner Gläubiger gehemmt werden, es muß eine wirksame Ueberwachung des Schuldners möglich sein und es werden auch die öffentlichen Bekanntmachungen behufs zuverlässiger Schuldenermittlung und Feststellung der Aussonderungsrechte erlassen werden müssen. Bei dem Verfahren wird die Rücksicht auf entfernte Gläubiger, sowie auf möglichst gründliche Prüfung aller Verhältnisse jede Uebereilung verbieten.

Daraus dürfte sich ergeben, daß in den weitaus meisten Fällen ein Konkursabwendungsverfahren weder eine schnellere Erledigung, noch eine nennenswerte Kostenersparnis gegenüber dem Zwangsvergleichsverfahren im Konkurse mit sich bringen wird. Im Gegenteil: es wird bei einem Nichtzustandekommen des Vergleichs kostbare Zeit verloren gegangen sein und werden sich die Gläubiger häufig in einer schlechteren Lage befinden, als es bei einer rechtzeitigen Eröffnung des Konkurses der Fall gewesen wäre.

Eine Verschleuderung der Masse findet auch in einem Zwangsvergleichsverfahren im Konkurse nicht statt. Zugegeben mag werden, daß bei einem mit Schlußverteilung endenden Konkursverfahren bei der Versilberung der Masse häufig viel verloren geht, besonders wenn marktschreierische Konkursausverkäufe und Partiewarenverkäufe stattfinden; nicht zugegeben aber kann werden, daß ein Konkursabwendungsverfahren in dieser Richtung erhebliche Besserung bringen könnte. Die Berliner Handelskammer nimmt dies an, weil von 193 zu ihrer Kenntnis gelangten Fällen, in denen der vom Schuldner vor der Konkurseröffnung angebotene außergerichtliche Vergleich fast ausschließlich infolge des Widerstandes einiger weniger Gläubiger verhindert worden sei, später 138 durch Ausschüttung der Masse und nur 55 durch Zwangsvergleich ihre Erledigung gefunden haben, wobei die zur Verteilung gekommenen Quoten im Durchschnitt erheblich geringer waren als die außergerichtlich angebotenen Abfindungssummen. Sie sieht die Ursache dieser Erscheinung darin, daß die Angehörigen oder Freunde des Schuldners nach der Eröffnung des Konkurses in der Regel nicht mehr bereit seien, dem Schuldner zur Erzielung eines Zwangsvergleiches materiell behilflich zu sein, weil ein Forderungsverzicht oder eine Kreditgewährung nicht mehr dem Schuldner, der durch die Tatsache der Konkurseröffnung doch ruiniert sei, sondern nur den Gläubigern zugute kämen.

Allein jeder ehrliche Schuldner wird, wenn nur irgend möglich, den Versuch machen, sich mit seinen Gläubigern zu einigen, bevor er den Konkurs über sein Vermögen eröffnen läßt, und die Praxis zeigt, daß auch in den aussichtslosesten Fällen häufig Gemeinschuldner der Meinung sind, sie hätten sich wieder in die Höhe bringen können, wenn nur der eine oder der andere Gläubiger nachsichtiger gewesen wäre. Es erscheint unmöglich, von den von der Berliner Handelskammer gezählten Fällen, soweit sie ihre spätere Erledigung durch Zwangsvergleich nicht finden konnten, auch nur annähernd festzustellen, wie viele voraussichtlich in einem gerichtlichen Zwangsvergleichsverfahren außerhalb des Konkurses ihre Erledigung hätten finden können, noch dazu, wenn die Mindestquote 40—50 % hätte betragen sollen.

Ein sehr großer Teil aller Konkurse findet auch bei dem gegenwärtigen Verfahren seine Erledigung durch Zwangsvergleich. Jeder Schuldner, der durch den Widerspruch einiger weniger Gläubiger einen Privatvergleich nicht erzielen konnte, wird im Konkursverfahren, schon seiner Zukunft wegen, alles an die Erreichung eines Zwangsvergleiches setzen; in der Regel werden auch die Gläubiger, die vorher zu einer Einigung bereit waren, jetzt noch ihre Zustimmung geben, umsomehr, als ihnen durch die Mitwirkung des Gerichts gewisse Garantien geboten werden; die Angehörigen oder Freunde des Gemeinschuldners werden nur in seltenen Fällen ihn jetzt im Stiche lassen, denn ihr Interesse ist nach wie vor dasselbe: dem Schuldner die Möglichkeit zu verschaffen, sich wirtschaftlich wieder in die Höhe zu bringen.

Hieraus ergibt sich auch, daß der Annahme, der sog. Präventivakkord würde stets zu einer bedeutend höheren Quote führen, nur in sehr beschränktem Maße beigetreten werden kann.

Auch die Auffassung, daß die Eröffnung des

Konkurses ganz oder teilweise den bürgerlichen Ruin des Schuldners bedeute, ist nicht richtig. Ist der Konkurs unverschuldet, so kann die Tatsache der Konkurseröffnung die Ehre des Schuldners nicht treffen. Wenn auch in weiten Kreisen des Volkes die Auffassung vorherrscht, daß dem Gemeinschuldner stets ein Makel anhaftet, so wird sie doch einem ehrlichen Schuldner, besonders wenn ihm ein Zwangsvergleich bewilligt worden ist, kaum bei seinem Streben, sich wieder eine geachtete Stellung zu erringen, wesentlich im Wege stehen.

Eine gewisse, wahrscheinlich nicht viel geringere Schädigung des Ansehens wird sich aber auch beim Zustandekommen eines Präventivakkords nicht vermeiden lassen; denn auch in diesem Falle wird es, ganz abgesehen von den jedenfalls notwendigen Veröffentlichungen, in den Geschäfts- und Gesellschaftskreisen des Schuldners stets bekannt sein, daß er seine Zahlungen einstellen mußte und daß seine Gläubiger Geld an ihm verlieren mußten.

Die Hoffnungen, die auf das neue Verfahren gesetzt werden, werden sich demnach kaum erfüllen können. Dabei stehen der Einführung des Verfahrens noch weitere erhebliche Bedenken entgegen.

Das Verfahren soll den Zweck haben, den Eintritt des Konkursverfahrens abzuwenden, mit andern Worten, die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zu beseitigen. Diese Zahlungsunfähigkeit wird, wenn auch vielleicht nicht in allen Fällen, so doch in der Regel bereits eingetreten sein. Dann hat aber auch nach dem Gesetze jeder Gläubiger das Recht, die sofortige Eröffnung des Konkurses zu verlangen. Das Gesetz wird deshalb Bestimmungen treffen müssen, die es dem Richter, wenn der Schuldner noch einen Vergleich anstrebt, unter bestimmten Voraussetzungen ermöglichen, den Antrag auf Konkurseröffnung abzulehnen oder die Verbescheidung zu verschieben. Diese Voraussetzungen müßten wohl im Vorhandensein von Garantien bestehen, die jede unreelle Handlungsweise des Schuldners unmöglich machten, und die entweder das Zustandekommen des Vergleichs verbürgten oder jede vermögensrechtliche Gefährdung der Gläubiger für den Fall des Nichtzustandekommens des Vergleichs ausschlössen; letzteres könnte nur die Sicherstellung eines entsprechend hohen Geldbetrages sein, der aber von dritter Seite kommen müßte, nicht aus der künftigen Konkursmasse genommen werden dürfte. Wie häufig aber werden solche Voraussetzungen bereits kurz nach Beginn oder gar vor Beginn des Konkursabwendungsverfahrens vorhanden sein?

Das Verfahren würde auch eine schlimme Folge haben. Die gerichtliche Bestätigung des Vergleiches soll von der Würdigkeit des Schuldners und der Erzielung einer Mindestquote von 40—50% unter Sicherung der Gläubiger abhängig gemacht werden. Das Verfahren wird also gewissermaßen eine Prämie für den ehrenhaften Schuldner; gelingt es diesem nun nicht, die sehr hoch gedachte Mindestquote zu bieten, so muß er die Eröffnung des Konkurses über sich ergehen lassen. Dabei ist zu bedenken, daß gerade ehrenhafte Kaufleute, wenn ihr Vermögen noch 40—50% ihrer Schulden ausmacht, sehr häufig die Hoffnung noch nicht aufgeben werden, sich durch Fleiß, Einschränkung ꝛc. ꝛc. noch durchzuringen. Durch das Ausnahmeverfahren erhielte das Konkursverfahren den Charakter des ehrenrührigen, gleichgültig, ob der Schuldner überhaupt nicht in der Lage war, das Ausnahmeverfahren für sich in Anspruch zu nehmen oder ob ihm die Erzielung des Vergleichs oder seiner Bestätigung aus dem einen oder dem anderen Grunde nicht gelungen ist. Damit würde dann allerdings eine empfindliche Gefahr für die spätere wirtschaftliche und bürgerliche Existenz des Schuldners geschaffen sein.

Die Durchführung der Idee, ein Konkursabwendungsverfahren zu schaffen, dürfte nur bei Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung und eingetragenen Genossenschaften zweckmäßig sein. Hier stammt das Vermögen von Leuten, die einen Einblick oder einen Einfluß in die eigentliche Geschäftsführung weder haben, noch haben können. Unfähigkeit oder Gewissenlosigkeit der Organe führen hier manchmal zu Katastrophen, die das Nationalvermögen erschüttern können. Hier sollte es möglich sein, daß durch die Fürsorge des Gesetzgebers eine Aufsichtsbehörde tätig würde, die die Geschäftsführung wenigstens teilweise in die Hand nehmen und, wenn noch eine Rettung möglich erscheint, durch einen Vergleich mit den Gläubigern, selbst unter Anwendung eines Zwanges gegenüber der Minderheit, der Gesellschaft über die Klippen helfen könnte.

In dem Gesetz über die Privat- und Versicherungsunternehmungen vom 12. Juni 1901 hat die deutsche Gesetzgebung bereits einen Anlauf in dieser Richtung genommen: § 69 des Gesetzes ermächtigt die Aufsichtsbehörde, zur Vermeidung des Konkurses notleidender Versicherungsunternehmungen im Interesse der Versicherten Sanierungsmaßregeln einzuleiten, insbesondere die laufenden Verpflichtungen einer Lebensversicherungsgesellschaft zu ermäßigen; gemäß § 68 hat der Vorstand bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit (es erscheint dies etwas spät) der Aufsichtsbehörde Anzeige zu machen. Diese Anzeigepflicht tritt an die Stelle der dem Vorstande durch andere gesetzliche Vorschriften auferlegten Pflicht, im Falle der Zahlungsunfähigkeit oder der Ueberschuldung die Eröffnung des Konkurses zu beantragen.

---

## Mitteilungen aus der Praxis.

**Wie ist nach Zurücknahme der Klage zu entscheiden, wenn der Beklagte Urteil im Kostenpunkt begehrt?**[1]) Es sollen hier drei Fälle unterschieden werden: 1. der Kläger hat die Kosten bereits bezahlt. 2. der Kläger hat dem Beklagten die Kosten richtig angeboten, der Beklagte aber die Annahme grundlos verweigert. 3. der Kläger hat dem Beklagten nur den Betrag derjenigen Kosten angeboten, welche der Beklagte verlangen kann, der Letztere aber mehr verlangt.

1. Die Beantwortung der Frage 1, welche nur der Vollständigkeit halber hier kurz berührt werden soll, dürfte keine Schwierigkeiten bereiten. Gemäß § 271 CPO. ist auf Antrag des Beklagten die Verpflichtung des Klägers zur Kostentragung durch Urteil auszusprechen. Sind jedoch zur Zeit der Antragstellung die Kosten bereits bezahlt, so liegt eine Verpflichtung des Klägers zur Tragung von Kosten nicht mehr vor, und der gleichwohl von dem Beklagten gestellte Antrag auf Urteil im Kostenpunkt ist unter Ueberbürdung der hierauf treffenden Kosten auf den Antragsteller als unbegründet abzuweisen (§ 91 CPO.) (cf. Struckmann und Koch: „Die Zivilprozeßordnung" 7. Aufl. 1900 S. 319).

2. Was den Fall unter Ziff. 2 anlangt, so kann kein Zweifel daran sein, daß hier Urteil im Kostenpunkt auf Antrag des Beklagten zu erlassen ist. Fraglich erscheint nur, ob hiebei unter allen Umständen dem Kläger die sämtlichen Kosten zu überbürden sind oder ob nicht ein Teil dieser Kosten dem Beklagten, wenn und insoweit er selbst sie verschuldet hat, auferlegt werden kann. Die Meinung, daß letzteres zulässig ist, vertritt eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Colmar vom 30. Oktober 1901 (in der „Jur. Zeitschr. f. Elsaß-Lothringen" Bd. 27 Nr. 34) und man wird ihr wohl beipflichten dürfen. Denn wenn der Kläger dem Beklagten vor Erwirkung des Urteils im Kostenpunkte die sämtlichen Kosten ordnungsgemäß angeboten, der Beklagte aber die Annahme grundlos verweigert hat und Urteil im Kostenpunkte begehrt, so hat nicht der Kläger, sondern der Beklagte einen Teil der erwachsenen Kosten (Verhandlungsgebühr des Anwalts, Entscheidungsgebühr des Gerichts usw.) verschuldet und diese sind ihm in Anwendung des im § 93 CPO. zur Anwendung gelangten Grundsatzes zur Last zu legen. Dies kann jedoch nur dadurch geschehen, daß bereits im Urteilstenor eine Teilung der Kosten nach Prozeß- oder Zeitabschnitten vorgenommen wird. (Ueber die Zulässigkeit einer solchen Teilung vgl. insbes. Entsch. d. OLG. Karlsruhe vom 18. November 1901, Rspr. d. OLG. Bd. 5 S. 169, 170). Im Kostenfestsetzungsverfahren kann dies um deswillen nicht mehr nachgeholt werden, weil damit nur ein Teil der vom Beklagten verursachten Kosten getroffen werden könnte. Beispielsweise würde nicht die Entscheidungsgebühr des Gerichts berührt werden, weil diese Gebühr unmittelbar vom Kläger eingehoben wird und nicht zur Festsetzung gelangt, ferner könnte auch nicht die Gebühr des Anwalts für die Verhandlung, auf Grund deren das Kostenurteil ergeht, gestrichen werden, weil gemäß § 91 Abs. II CPO. die Gebühren des Rechtsanwalts der siegenden Partei in allen Prozessen zu erstatten sind und die Verhandlung die notwendige Voraussetzung der Erlassung des Kostenurteils ist, diese Verhandlungskosten sohin im Kostenfestsetzungsverfahren nicht als nicht notwendig bezeichnet werden können. Dem Amtsgerichte W. und in der Beschwerdeinstanz dem Landgerichte W. lag jüngst folgender Fall zur Entscheidung vor: Die Firma R. hatte gegen den Kaufmann E. Klage erhoben, sie aber nach mündlicher Verhandlung und Beweisaufnahme durch Erklärung ihres Vertreters in der Verhandlung vom 6. Februar 1905 zurückgenommen. Gleichzeitig bot der klägerische Anwalt dem beklagtischen Vertreter seine Kosten realiter an. Der beklagtische Vertreter verweigerte die Annahme und beantragte Urteil im Kostenpunkt. Das Prozeßgericht gab diesem Antrag mit sofort verkündetem Endurteile statt, strich aber in dem folgenden Kostenfestsetzungsverfahren dem Beklagten die sämtlichen seit 6. Februar 1905 erwachsenen Kosten, darunter die Verhandlungsgebühr des beklagtischen Vertreters, die Kopialien für die Urteilsausfertigung, die Zustellungskosten und die Gebühr und Kopialien für den Kostenfestsetzungsantrag als nicht notwendig gemäß § 91 CPO. und überbürdete auch die Kosten des Festsetzungsbeschlusses dem Beklagten. Hiergegen legte der beklagtische Vertreter Beschwerde ein, wobei er unter anderem ausführte: es liege kein Realoffert vor. Wenn der Anwalt auch nach seiner Vollmacht berechtigt sei, Geld vom Gegner in Empfang zu nehmen, so sei er doch hiezu nicht verpflichtet, am allerwenigsten im Sitzungssaale, da dies nicht der hiefür geeignete Ort sei. Das Landgericht gab der Beschwerde mit Beschluß vom 9. Mai 1905 (Beschw.Reg. Nr. 41/1905) statt mit der Begründung: Gemäß § 21 Abs. III CPO. habe das Prozeßgericht die Klägerin zum Tragen der Kosten verurteilt. Demzufolge sei die Klägerin verpflichtet, dem Beklagten die Kosten, soweit sie nach dem Ermessen des Gerichts zu seiner Rechtsverteidigung erforderlich gewesen seien, zu ersetzen. Solange nämlich für den Prozeßrichter die Möglichkeit bestehe, über die Notwendigkeit der Kosten selbst zu entscheiden, sei es zunächst seine Aufgabe, im Urteil auszusprechen, inwieweit die Prozeßkosten seitens der unterliegenden Partei der siegenden zu erstatten sind. Das könne nicht im nachträglichen Kostenfestsetzungsverfahren gewürdigt werden.

3. Der Fall, daß der Beklagte eine unbegründete Mehrforderung erhebt, ist meines Erachtens nicht anders zu beurteilen als der eben besprochene. Wird festgestellt, daß der Kläger dem Beklagten den Betrag derjenigen Kosten rite angeboten hat, welche der Beklagte verlangen kann, und daß die Mehrforderung des Letzteren unbegründet ist, so müssen in dem Urteil im Kostenpunkte dem Beklagten die durch die Erwirkung des Urteils verursachten Kosten zur Last gelegt werden. Das Landgericht W. hat jedoch in einem Beschluß vom 8. April 1905 (Beschw.Reg. Nr. 26/1905) diese Ansicht als unzutreffend bezeichnet. Der Fall, wie er dem Gerichte vorlag, war folgender: Unterm 30. August 1904 erhob der Kaufmann B. gegen den Kaufmann S. Klage zum Amtsgerichte W. wegen Forderung. Ohne Verhandlung zur Sache zog der klägerische Vertreter mit Schriftsatz vom 13. Dezember 1904 die Klage zurück. Mit Schriftsatz vom 10. Februar 1905 lud der beklagtische Vertreter den Kläger vor das Prozeßgericht mit dem Antrage, die Klagepartei zu verurteilen, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. In dem Verhandlungstermin beantragte der beklagtische Vertreter

[1]) Vgl. hiezu die Abhandlung S. 289 dieser Nummer.

gem. § 271 CPO. Urteil im Kostenpunkt. Der klägerische Vertreter erklärte, er erkenne zwar an, daß der Kläger verpflichtet sei, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Diese beliefen sich jedoch nur auf 15 Mk. und diese Summe habe der Kläger dem Beklagten längst realiter angeboten. Es bestehe sohin kein Grund zur neuerlichen Ladung und Erwirkung eines Urteils im Kostenpunkt und die hiedurch erwachsenen Kosten träfen deshalb den Beklagten. Der Beklagte gab zu, daß ihm der Kläger 15 Mk. angeboten habe, bemerkte jedoch, er verlange außer diesen noch weitere 8 Mk. für Ganggebühren. Der klägerische Vertreter bestritt die Richtigkeit des Ansatzes von 8 Mk. Das Gericht gelangte zur Ueberzeugung, daß der Ansatz von 8 Mk. unbegründet sei und verurteilte mit Erkenntnis vom 28. Februar 1905 den Kläger zum Tragen der bis zum 10. Februar 1905 entstandenen Kosten, während es die seitdem erwachsenen Kosten des Rechtsstreits dem Beklagten überbürdete. Die Gründe dieses Urteils decken sich im wesentlichen mit dem oben sub 2 Ausgeführten. Auf sofortige Beschwerde des Beklagten hob das Landgericht W., ohne auf das Bestehen der Mehrforderung des Beklagten einzugehen, mit Beschluß vom 8. April 1905 das erstinstanzielle Urteil teilweise auf und überbürdete dem Kläger die sämtlichen Kosten des Rechtsstreits. Zur Begründung führte das Landgericht aus: „Der Kläger sei infolge der Zurücknahme der Klage verpflichtet, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, soweit sie nicht durch das eigene Verschulden des Beklagten (§ 95 CPO.) veranlaßt worden seien oder der Beklagte als der unterliegende Teil anzusehen sei. (§ 271 Abs. III CPO.) Damit sei zwar eine sinngemäße Anwendung des § 93 CPO. nicht ausgeschlossen, diese würde aber voraussetzen, daß die Fortsetzung des Rechtsstreits im Kostenpunkte durch den Beklagten verschuldet oder wenigstens vom Kläger nicht veranlaßt worden wäre. Hievon könne aber nur dann gesprochen werden, wenn die Höhe der zu ersetzenden Kosten außer Streit und der vom Beklagten beanspruchte Betrag bezahlt oder zur Zahlung angeboten wäre, während hier gerade über die Höhe der Kosten Streit bestehe und der Kläger sich weigere, den verlangten Betrag zu bezahlen. Der Beklagte habe aber ein Recht, diesen Streit in dem hiefür bestimmten Kostenfestsetzungsverfahren zum Austrag zu bringen und zu dessen Herbeiführung ein Urteil im Sinne des § 271 CPO. zu erwirken."

Es wäre interessant zu erfahren, wie in derartigen Fällen anderweit entschieden worden ist, weshalb um Mitteilung von Entscheidungen oder Stellungnahme zu dieser Frage aus dem Leserkreise ersucht wird.

Amtsrichter Dr. Collard in Würzburg.

**Zu § 1710 BGB.** Die gegen ein Urteil des Landgerichtes Würzburg vom 21. Oktober 1904 gerichteten Ausführungen in Nr. 8 dieses Blattes dürfen meines Erachtens nicht unwidersprochen bleiben. Mit vollem Recht folgert dieses Urteil aus dem Wortlaut des § 1710 BGB. in Verbindung mit § 1708 Abs. 2, daß kraft zwingender Vorschrift des Gesetzes der außereheliche Vater zu einer anderen Art der Unterhaltsgewährung als durch Entrichtung einer Geldrente nicht verurteilt werden kann. Im Falle gütlicher Vereinbarung steht natürlich nichts im Weg, daß sich der Vater verpflichtet, die Krankheitskosten gesondert neben der Rente zu bezahlen. Gegen diese auch in dem erwähnten Aufsatz von Franz in Bd. 66 S. 243 d. Bl. f. RA. vertretene und von Seipel in Bd. 69 S. 432 dieser Blätter gebilligte Ansicht ist, soweit ich sehen kann, in der Literatur bisher eine Einwendung nicht erhoben worden. Auch was nunmehr gegen das ausgeführte Urteil vorgebracht wird, erscheint mir nicht durchschlagend. Die Behauptung, aus den Motiven z. BGB. Bd. IV S. 898 erhelle, daß § 1710 BGB. bezüglich der Art der Unterhaltsgewährung gegenüber der Praxis des Gem.R. und des PrLR. eine Neuerung nicht einführen wollte, ist an sich zwar richtig aber für den hier strittigen Punkt ohne Belang. Denn, wie eine genauere Betrachtung des Zusammenhangs ergibt, erörtern die Motive an jener Stelle nur die Frage, ob der Vater ein Recht haben solle, das Kind selbst in Pflege zu nehmen oder den Unterhalt in Form einer Geldrente zu leisten habe, und entscheiden sich für die zweite Form im Anschluß an das preußische Recht und die gemeinrechtliche Praxis. Die hier strittige Frage, ob der ganze Unterhalt in einer einheitlichen Rente zu leisten oder neben der Rente einzelne Beträge, z. B. Krankheitskosten gesondert auszuwerfen seien, wird hier gar nicht berührt. Es kann daher gar keine Rede davon sein, daß die Motive die gemeinrechtliche Uebung, die Krankheits- und Kleidungskosten, das Schul- und Lehrgeld neben der Rente dem Vater gesondert aufzuerlegen, auf das BGB. ausdehnen wollten oder eine solche Ausdehnung irgendwie rechtfertigten. Die frühere Praxis hat auch vielfach Schul- und Lehrgeld und Kleidungskosten von der Rentenberechnung ausgenommen und dem Vater gesondert auferlegt, obwohl bei diesen Posten doch eine Durchschnittsberechnung sehr gut möglich ist; die frühere Praxis hat sich eben, ob mit oder ohne rechtlichen Grund, nicht für gebunden erachtet, Bestreitung des gesamten Unterhaltes in Form einer Geldrente zu verlangen. Sie kann daher jedenfalls für die auf Grund des BGB. urteilende Rechtsprechung nicht als Vorbild hingestellt werden. Auch der Einwand, daß die Krankheitskosten zur Zeit der Urteilsfällung völlig ungewiß und jeder Durchschnittsberechnung unzugänglich seien, ist nicht zutreffend. Ob ein Kind später einmal von einem schweren organischen Leiden befallen oder ob ihm ein folgenschwerer Unfall zustoßen wird, läßt sich natürlich nicht voraussehen; für solche Fälle gewährt § 323 CPO. ausreichende Abhilfe, der gerade auf Unterhaltsansprüche zugeschnitten ist und ursprünglich auch nur für solche geschaffen werden sollte (vgl. Entw. I d. BGB. § 1493). Für den regelmäßigen Fall dagegen, daß das Kind nur eine oder mehrere der landläufigen Kinderkrankheiten zu überstehen hat, läßt sich der durchschnittliche Aufwand mit einiger Sicherheit schätzen und bei Festsetzung der Geldrente mit in Rücksicht ziehen. Wäre die gegenteilige Auffassung richtig, so müßte nicht nur bei der Festsetzung der Unterhaltsrente für uneheliche Kinder, sondern bei allen auf Unterhaltsgewährung lautenden Urteilen (z. B. nach §§ 843 f., 1361, 1345 f., 1578 ff. BGB., nach Reichshaftpflichtgesetz) auf Zahlung der Krankheitskosten gesondert erkannt werden. Denn Erwachsene sind doch ebenso unvorhersehbaren Erkrankungen ausgesetzt wie Kinder. Die aus dem Zusammenhalt von § 1708 Abs. 2 und 1710 BGB. sich ergebende Vorschrift, den gesamten Lebensbedarf in Form einer Geldrente zu gewähren, steht auch dem Versuch im Weg, den Antrag, den Vater zur Zahlung der ziffermäßig noch nicht feststellbaren Krankheits-

kosten zu verurteilen, als eine neben der Leistungsklage einhergehende Feststellungsklage zu konstruieren. Denn wenn die Voraussetzungen der Leistungsklage gegeben sind, ist die Feststellungsklage regelmäßig unzulässig. (Gaupp, CPO. § 256 III, 2.) Es fehlt an jedem Feststellungsinteresse für einen Ausspruch über die Pflicht zur Tragung von Krankheitskosten, von denen noch ganz ungewiß ist, ob sie jemals entstehen werden, ganz besonders deswegen, weil künftig wohl über die tatsächliche Höhe der Kosten ein Streit zu erwarten ist, nicht aber über die rechtliche Pflicht, sie zu tragen, die gegenüber dem Leistungsurteil über die Geldrente nicht mehr ernstlich in Abrede gestellt werden kann. Das streitige Rechtsverhältnis ist dem Grunde nach sogar mit der Verurteilung zur Anerkennung der Vaterschaft schon festgestellt. Daraus folgt die Verpflichtung zur Unterhaltsgewährung unmittelbar auf Grund Gesetzes. Ein Feststellungsinteresse bestünde allenfalls hinsichtlich der Höhe des Anspruches. Diese kann aber nach der gegnerischen Auffassung im Augenblick noch gar nicht bemessen werden. Ein solches Feststellungsurteil über die Krankheitskosten wäre auch ohne jeden praktischen Wert für das Kind; leistet der Vater im Fall der Erkrankung nicht freiwillig, so ist immer noch eine Leistungsklage nötig, um einen Vollstreckungstitel zu erlangen; das Kind ist also um nichts günstiger gestellt, als wenn man es auf § 323 CPO. verweist. Abgesehen von dem zwingenden Wortlaut des Gesetzes spricht also für die vorliegende Entscheidung auch die Erwägung, daß sie den Interessen beider Teile am besten gerecht wird. Sie erledigt für den Regelfall die ganze streitige Unterhaltsverbindlichkeit durch ein einziges Urteil, während sonst, zumal einem widerwilligen Unterhaltspflichtigen gegenüber, wiederholt Urteile erwirkt werden müssen. Dabei muß eben die Rente so hoch bemessen werden, daß der Vormund von ihr einen kleinen Teil als Notpfennig für Krankheitsfälle zurücklegen kann; dann ist er besser gestellt, als wenn er in jedem Krankheitsfall sich von neuem an den Vater wenden und ihm die Notwendigkeit und Höhe der einzelnen Aufwendungen nachweisen muß. Andrerseits wird auch der Vater selbst bei beschränkten Mitteln leichter in der Lage sein, eine etwas reichlicher bemessene regelmäßige Rente aufzubringen, als neben der geringeren Rente in Krankheitsfällen unvorhergesehene Kosten plötzlich zu bestreiten.

Rechtsanwalt Levinger in Würzburg.

---

**Glaubhaftmachung neuerlichen Vermögenserwerbs (§ 903 CPO.). Verhaftung des Schuldners in einer fremden Wohnung.** Der Kaufmann Dr. wendete auf eine Ladung zum Offenbarungseid seitens der Firma Gebr. P. ein, er habe den Eid erst vor drei Jahren geleistet. Die Gläubigerin legte nun eine Erklärung des Agenten N. vor, worin dieser bestätigte, daß Dr. fortwährend Agenturgeschäfte betreibe. Das Vollstreckungsgericht erklärte daraufhin den Schuldner Dr. für verpflichtet, den Offenbarungseid zu leisten, überbürdete ihm die Kosten des Verfahrens und setzte alsbald Eidestermin auf einige Wochen später an. Gegen diesen Beschluß legte der Schuldner sofortige Beschwerde ein und behauptete unter Einreichung von Gegenerklärungen, daß der Bescheinigungszeuge erster Instanz seine dortige Erklärung nur aus Gehässigkeit abgegeben habe. Auf Erfordern des Beschwerdegerichts legte die Gläubigerin den Vollstreckungstitel vor, bestehend in einem Urteile, worin der Schuldner zur Zahlung der Valuta für einen zum Diskont erhaltenen und nicht mehr zurückgegebenen Wechsel verurteilt war; der Diskontvermittlungsauftrag datierte ausweislich des Tatbestands aus der Zeit nach der früheren Eidesleistung. Die Beschwerde wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen: „In der Erwägung, daß die sofortige Beschwerde formell nicht zu beanstanden, insbesondere die Frist gewahrt ist, da letztere nicht von der Verkündung, sondern von der Zustellung ab läuft, eine solche mangels Ausfertigung aber nicht erfolgt sein kann (§§ 900, 793, 802, 577 CPO.), auch die Bezeichnung des Oberlandesgerichts als Beschwerdegerichts offenbar irrig und unschädlich ist; daß die Glaubhaftmachung des Erwerbs neuer pfändbarer Vermögensstücke seit der Eidesleistung vom 3. November 1900 schon durch den Tatbestand des Vollstreckungstitels selbst erbracht wird, so daß auf die vorgelegten Bescheinigungen und deren Widerruf nicht eingegangen zu werden braucht; daß die Frage des Verbleibs der erworbenen Vermögensstücke (Wechselvaluta) eben durch den Offenbarungseid aufzuklären ist; daß zwar die sofortige Eidesterminsansetzung dem Gesetze nicht entspricht und auch die Formulierung des Beschlusses richtiger auf Verwerfung des Widerspruchs gegangen wäre, hiegegen jedoch die Beschwerde nicht gerichtet ist und die Kostenpflicht 1. Instanz aus § 788 CPO. gefolgert werden kann, auch soweit der Widerspruch verworfen ist.“ Im Verfolge dieses rechtskräftigen Beschlusses kam es wegen Ausbleibens des Schuldners zur Erlassung eines Haftbefehls. Dessen Vollzug wurde zunächst in den vom Schuldner laut Polizeimeldung bei der Privatiere St. in P. aftermietweise innegehabten Räumen versucht, der Schuldner jedoch nicht gefunden. Nunmehr wendete sich der Gläubiger an das Vollstreckungsgericht und dieses erließ am 27. Juli 1904 Beschluß dahin, daß der Haftbefehlsvollzug an einem Sonn- oder Feiertag gestattet und der Gerichtsvollzieher ermächtigt werde, die Verhaftung auch in der angeblich von der Frau St. gemieteten Wohnung vorzunehmen. Zur Begründung führte das Amtsgericht an, daß die streitige Wohnung ursprünglich von dem Schuldner Dr. in eigenem Namen gemiethet und die Frau St. von ihm lediglich als Haushälterin in sie aufgenommen worden sei; hienach und angesichts der gerichtsbekannten Beziehungen zwischen Beiden könne die jüngst erfolgte Uebertragung der Wohnung an Frau St. nur als zum Scheine geschehen betrachtet werden. Zugestellt wurde dieser Beschluß lediglich der Gläubigerin, nicht aber dem Schuldner Dr. oder der Wohnungsinhaberin St. Letztere erhielt aber dadurch Kenntnis, daß der Gerichtsvollzieher am nächsten Sonntag eine übrigens erfolglose Durchsuchung der ganzen Wohnung vornahm und sich dem Proteste der St. gegenüber auf die vollstreckungsgerichtliche Ermächtigung berief. Die St. legte schon am nächsten Tage gegen diese Durchsuchung sofortige Beschwerde zum Landgericht ein; letzteres gab jedoch die Beschwerdeschrift an das Amtsgericht zur Verbescheidung in eigener Zuständigkeit ab, weil es sich um Einwendungen nach § 766 CPO. gegen den amtsgerichtlichen Ermächtigungsbeschluß handle. Nunmehr wies das Amtsgericht am 6. August 1904 die Einwendungen zurück, weil die richterliche Ueberzeugung von der Scheinnatur des

Aftermietverhältnisses durch den vorgelegten auf Frau St. lautenden Mietvertrag mit dem Hausherrn und die Mietzinsquittungen nicht erschüttert sei. Mit nachträglichem Beschlusse vom 12. August 1904, zugestellt lediglich dem Gläubiger, erklärte sodann das Amtsgericht den Vollzug des Beschlusses vom 27. Juli 1904 bis auf weiteres für unzulässig, da Schuldner, wie nunmehr dem Gerichte bekannt geworden, von seinem bisherigen Wohnort abgemeldet sei und keinerlei Anhaltspunkte bestünden, daß er sich gleichwohl dort aufhalte. Nunmehr legte die St. sofortige Beschwerde gegen den amtsgerichtlichen Beschluß vom 6. August 1904 mit dem Antrage ein, diesen Beschluß aufzuheben und den Antrag des Gläubigers auf Gestattung von Pfändungen und Verhaftungen gegen Dr. in der Wohnung der St. abzuweisen. Zur Begründung war angeführt, die Annahme der Simulation hinsichtlich des Mietverhältnisses sei unhaltbar, da Beschwerdeführerin allein den Mietvertrag mit dem Hausherrn geschlossen, die Miete stets selbst bezahlt habe und ihr auch das Alleineigentum am Mobiliar zustehe. Jedenfalls sei die Beschwerde aber deshalb gerechtfertigt, weil der Schuldner Dr. laut amtlicher Bestätigung ausgezogen sei und seinen bisherigen Wohnort P. überhaupt verlassen habe. Das Landgericht wies die Beschwerde kostenfällig zurück. Aus den Gründen: „Die sofortige Beschwerde gegen vollstreckungsgerichtliche Entscheidungen steht auch Dritten zu, wenn und soweit ihre Interessen dadurch beeinträchtigt sind (RGE. XIV 363) und diese Beeinträchtigung noch fortdauert. Die Erlaubnis zu Pfändungen in der Wohnung der St. ist nun im amtsgerichtlichen Beschlusse vom 27. Juli 1904 überhaupt nicht erteilt, also insoweit keine Beschwerung derselben gegeben. Gegen die Vollstreckungserlaubnis an Sonn- und Feiertagen als solche hat die Beschwerdeführerin keinen Einwand erhoben, sie wendet sich vielmehr grundsätzlich gegen die Ermächtigung der Wohnungsdurchsuchung überhaupt, die zweifellos, wenn ungerechtfertigt, eine Beeinträchtigung ihrer Rechte darstellt. Nun ist allerdings der Ausdruck „ermächtigt" im angefochtenen Beschlusse nicht völlig zutreffend. Gemäß § 766 Abs. 2 CPO. hatte das Amtsgericht auf Gläubigerantrag darüber zu befinden, ob die vorangegangene Durchsuchungsweigerung des Gerichtsvollziehers gesetzlich begründet war oder nicht. Eine im Gesetze nicht begründete Vollstreckung hätte auch nicht durch eine Ermächtigung des Vollstreckungsgerichts zulässig werden können. Indessen geht aus der ganzen Aktenlage hervor, daß das Amtsgericht in der Tat lediglich im Rahmen des § 766 Abs. 2 CPO. feststellen wollte, daß die Durchsuchungsweigerung des Gerichtsvollziehers unter den gegebenen Umständen gesetzlich nicht begründet war. Hierin ist dem Amtsgerichte beizustimmen. Bekanntlich hat sich die oberstrichterliche Rechtsprechung dahin festgestellt (Bl. f. RA. LIV 44), daß in Bayern dem Gerichtsvollzieher insolange und insoweit der Zutritt zu den Räumen Dritter nicht versagt werden darf, als dem Schuldner selbst der Aufenthalt zusteht oder faktisch gewährt ist. Räume, die der Schuldner zum Aufenthalt — wenn auch nicht zum Schlafen — zu benutzen pflegt, sind als dessen Wohnung anzusehen (RGE. in StS. XII 132); die Gewahrsamsfrage ist bei Verhaftungen gleichgiltig. Streitigkeiten pflegen sich naturgemäß dann zu ergeben, wenn die Aufsuchung des Schuldners in den Räumen Dritter erfolglos ist. Hier kann die Berechtigung zum Verhaftungsversuche nur darnach geprüft werden, ob genügender Anhalt zur Annahme des schuldnerischen Aufenthalts vorlag, also ähnlich wie bei § 103 StPO. (vgl. Ztschr. f. Vollstr. 1902 S. 104). Mit Recht hat das Amtsgericht dies aus dem Umstande geschlossen, daß Dr. zuerst selbst die Wohnung gemietet und die St. lediglich als Stütze des Haushalts angemeldet hatte. Daß es sich bei Dr. um einen renitenten Schuldner handelt, der es mit der Wahrheit seines Vorbringens nicht genau nimmt, erhellt auch aus Folgendem. Gerichtsbekannt hat Dr. seine Eidespflicht bestritten, weil er kein neues Vermögen erworben habe. Diese Einwendungen wurden verworfen, weil aus dem Vollstreckungstitel selbst ein Erwerbsakt zu ersehen war. Nunmehr aber gibt Dr. in einer zu den Akten gekommenen Aufsichtsbeschwerde selbst an, daß er jährlich 6000 Mk. für seinen Unterhalt verwende. Bei einem derartigen Verhalten kann die Annahme des Amtsgerichts über die tatsächlichen Wohnungsverhältnisse im Gegensatze zum formellen Inhalte des Mietvertrags wohl gebilligt werden. Daß Dr. nunmehr — wie auch das Amtsgericht als glaubwürdig annimmt, — die streitige Wohnung und überhaupt den ganzen Ort P. verlassen hat, kann nicht zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses führen, sondern nur dazu, die Aktivlegitimation der St. zur Beschwerde für die Zukunft zu beseitigen. Denn der angefochtene Beschluß stellt lediglich fest, daß unter den damaligen Umständen (Aufenthalt des Dr. in der Wohnung) die Vollstreckungsweigerung des Gerichtsvollziehers ungerechtfertigt war. Hält sich Dr. nicht mehr in P. auf, so fällt es sicher niemanden mehr ein, bei der Beschwerdeführerin einen Verhaftungsversuch vornehmen zu lassen und es kann die Beschwerdeführerin auch keinen Anhaltspunkt bezeichnen, der für die Wiederholung eines solchen Versuchs unter ganz anderen Umständen, als dem amtsgerichtlichen Beschlusse zugrunde lagen, spräche. Demgemäß war die Beschwerde als unbegründet kostenfällig zurückzuweisen (vgl. Gaupp CPO. II 127; §§ 766, 577, 97 CPO.)." Die weitere Beschwerde blieb erfolglos. (Beschlüsse des LG. München I vom 18. Mai und 19. August 1904.)

Landgerichtsrat **Neumiller** in München.

---

**Höhe des Streitwerts bei Klagen auf Anerkennung der außerehelichen Vaterschaft.** Bei Klagen auf Anerkennung der Vaterschaft und Unterhaltsleistung wird vielfach auf Grund des § 10 Abs. 1 u. 2 GKG. ein Streitwert von 2000 Mk. angenommen, wenn auch der Streitwert bezüglich des verlangten Unterhalts gemäß §§ 9 und 9a a. a. O. geringer ist. Da aber die Anerkennung der Vaterschaft nach den Bestimmungen des BGB. §§ 1717, 1708 ff. weiter keine rechtliche Bedeutung hat, als daß derjenige, welcher als außerehelicher Vater gilt, zur Unterhaltsleistung verpflichtet ist, so ist auch das Interesse, welches der Kläger an der Feststellung der Vaterschaft hat, kein höheres als das auf Leistung des Unterhalts gerichtete. Es ist daher bei Klagen auf Anerkennung der Vaterschaft und Unterhalt die Höhe des letzteren unter Berücksichtigung der Bestimmung des § 9a Abs. 2 des GKG. für den Wert des Streitgegenstandes als maßgebend zu erachten. Diese Ansicht wurde auch in einem Beschluß des K. Landgerichts München I vom 12. Januar 1905 (PrR. Nr. 766/04 A, Beschw.R. Nr. 26/05) gebilligt.

Amtsrichter **Kraus** in München.

**Vertragswidrige Ausfüllung eines Blankoakzepts.** Der Kläger klagte aus einem Wechsel gegen den Beklagten als Akzeptanten auf Zahlung von 1356 Mk. nebst Zinsen und Nebenkosten. Der Beklagte machte einen Einwand, sich auf folgende unstreitige Tatsachen stützend. Der Beklagte schuldete dem Kläger aus zwei bereits fälligen Wechseln, die schon fällig waren, insgesamt 813 Mk., und sandte an den Kläger ein akzeptiertes Wechselformular, mit der Bitte, die „Schuld zurückzunehmen", er wisse nicht genau, wieviel an Zinsen und Kosten hinzukämen, er habe deshalb den Wechsel nicht ausgefüllt und bitte die Summe einzutragen. Der Kläger sandte nach einiger Zeit eine Rechnung über 1356 Mk., die außer den 813 Mk., Zinsen, Provision und Kosten einige Mietbeträge enthielt. Darunter stand, den Wechsel habe er nach Wunsch ausgefüllt. Der Beklagte gründete hierauf nach Art. 82 WO. einen Einwand. Der Kläger machte geltend, der Beklagte habe sich durch sein Stillschweigen mit 1356 Mk. einverstanden erklärt. Dem trat der erste Richter bei, verwarf den Einwand und verurteilte den Beklagten nach dem Klageantrage. Das Berufungsgericht nahm ein Einverständnis nicht an: der Beklagte habe deutlich den Kläger nur zur Einfügung der alten Wechselsumme, um Zinsen, Provision und Kosten vermehrt, ermächtigt und wenn der Beklagte darauf die Rechnung erhalten habe, so habe er doch keine Veranlassung gehabt, die Worte, den Wechsel habe er nach Wunsch ausgefüllt, anders zu verstehen, als daß der Wechsel so ausgefüllt sei, wie der Beklagte gewünscht habe, wenn auch die Rechnung andere Kosten enthalte. Doch billigte man nicht die Ansicht des Beklagten, daß er auf den Wechsel gar nichts zu bezahlen habe, nahm vielmehr an, soweit der Wechsel vereinbarungsgemäß ausgefüllt sei, habe der Beklagte kein Recht, die Zahlung der Wechselschuld zu verweigern. (Urt. d. OLG. Breslau in S. Szepan c. Botar 2/5. 05).

Geh. Justizrat H. Meyer in Breslau.

# Aus der Praxis der Gerichte.

## Reichsgericht.

### A. Zivilsachen.

### I.

**Zu § 423 BGB., Art. 8, 81, 82 Wechselordnung.** Der Beklagte, der von der Firma Tr. einen größeren Betrag zu fordern hatte, erhielt von dieser Zahlung halber deren Akzept auf 3000 Mk. Der Wechsel war von ihm selbst an eigene Order gezogen und am 12. Mai 1902 fällig. Er hat den Wechsel der Klägerin zum Diskont eingesandt. Als er am Verfalltage nicht eingelöst wurde, hat der Beklagte der Klägerin ein Prolongationsakzept per 10. August 1902 übersandt, das die gleichen Personen als Wechselverpflichtete trug. Am 10. Juli 1902 ist über das Vermögen der Akzeptantin Tr. der Konkurs eröffnet worden. Klägerin hat im Konkurs Forderungen von ca. 150 000 Mk., darunter ca. 20 000 Mk. Wechselforderungen angemeldet. Auch der Anspruch aus dem hier in Frage kommenden Wechsel ist angemeldet worden. Der Verwalter hat 87 000 Mk. anerkannt, den Rest bestritten, besonders die Wechselforderungen, weil die Wechsel nicht vorgelegt waren. Am 22. August 1902 hat Klägerin gegen den Beklagten im Wechselprozeß ein Urteil auf Zahlung der Wechselsumme zu 3000 Mk. nebst Nebenforderungen erstritten. Der Beklagte, der widersprochen hatte, hat am 28. November und am 2. Dezember die Urteilssumme zur Abwendung der Zwangsvollstreckung bezahlt. Am 8. Januar 1903 hat Klägerin mit dem Verwalter über die streitig gebliebenen Ansprüche einen Vergleich geschlossen, inhaltlich dessen sie zur Abfindung 45 000 Mk. aus der Masse zu erhalten hatte. Im Nachverfahren hat nun der Beklagte geltend gemacht, daß durch den Vergleich vom 8. Januar 1903 und die unstreitig an die Klägerin erfolgte Zahlung der Abfindung die Akzeptschuld der Firma Tr. und damit seine Akzeptschuld getilgt sei. Dagegen hat die Klägerin geltend gemacht, daß sie zur Zeit des Vergleichs den an den Beklagten infolge der Zahlung im Dezember 1903 ausgelieferten Wechsel nicht mehr in Händen gehabt habe und nicht mehr Wechselgläubiger gewesen sei, daß der Vergleich sich deshalb auf den Wechsel nicht bezogen haben könne. Die Instanzgerichte haben die Klage abgewiesen. Der Berufungsrichter stellt fest, daß der Vergleich sich auf den Klagewechsel mitbeziehe, obwohl derselbe damals vom Beklagten auf Grund des Wechselurteils unter Vorbehalt bezahlt und der Wechsel an ihn ausgehändigt gewesen sei, daß die Behauptung der Klägerin, der Wechsel sei mit Rücksicht hierauf von dem Vergleich ausgeschlossen, widerlegt sei, und daß durch den Vergleich die Ansprüche aus dem Wechsel haben vollständig erledigt werden sollen. Ausgeführt wird, daß mit dem Erlöschen der Verpflichtung des Akzeptanten auch die des Ausstellers wechselrechtlich erloschen, auch nach § 425 des BGB. anzunehmen sei, der Vergleich habe den Aussteller mitbefreit. Den Vorbehalt des Wechselrechts gegen den Aussteller habe die Klägerin zu beweisen, solchen Beweis aber nicht nur nicht geführt, sondern ein solcher Vorbehalt sei geradezu widerlegt. Das Reichsgericht hat aufgehoben und das Wechselurteil unter Wegfall des Vorbehaltes aufrecht erhalten.

Aus den Gründen: Die Feststellung, daß der Vergleich den streitigen Wechsel mitumfaßt habe, ist nach dem Inhalt des Vergleichs nicht zu beanstanden, ebenso, daß durch die Zahlung der Vergleichssumme von 45 000 Mk. der Anspruch der Klägerin aus diesem Wechsel gegen den Akzeptanten hat getilgt werden sollen und getilgt worden ist. Und soweit die Klägerin durch die Zahlung der 45 000 Mk. materielle Befriedigung wegen des Wechsels erhalten hat, ist unbedenklich auch ihr Anspruch gegen den Aussteller des Wechsels getilgt; was die Klägerin von dem Akzeptanten erhalten, kann sie nicht noch einmal von dem Aussteller fordern (Art. 8 WO.). Aber was von den 45 000 Mk. auf den streitigen Wechsel zu rechnen, der nur einen verschwindend kleinen Teil der Forderungen der Klägerin gegen die Tr.-Werke bildet, die durch den Vergleich beglichen worden sind, ist nicht dargelegt und nicht zu ersehen. Nach Art. 81 WO. und der zweiten Alternative des Art. 82 wirkt der Vergleich zwischen Wechselgläubiger und Akzeptanten ebenso wie der Erlaß nicht notwendig auch für den Wechselaussteller. Auch nach § 423 BGB. wirkt der Vergleich und der in ihm enthaltene Erlaß zwischen dem Gläubiger und einem Gesamtschuldner grundsätzlich nur zwischen diesen beiden, wenn nicht die Vertragschließenden das ganze Schuldverhältnis aufheben wollen. Grundsätzlich hat der den Beweis zu führen, der die Wirkung des Vergleichs über die Personen der Vergleichschließenden hinaus für seine Person in Anspruch nimmt. Unrichtig ist die Ausführung des Berufungsrichters, daß mit dem Erlöschen der Verbindlichkeit des Akzeptanten ohne Befriedigung des Wechselgläubigers stets auch die des Ausstellers erlösche, der nach Art. 8 WO. für die Zahlung wechselmäßig haftet, im vorliegenden Falle unstreitig den Wechsel auf Grund des Wechselurteils, wenn auch unter Vorbehalt, bezahlt und den Wechsel und Protest in Händen hatte. Die Klägerin hatte zur Zeit des Vergleichsschlusses von ihrem Rechte

gem. § 271 CPO. Urteil im Kostenpunkt. Der klägerische Vertreter erklärte, er erkenne zwar an, daß der Kläger verpflichtet sei, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Diese beliefen sich jedoch nur auf 15 Mk. und diese Summe habe der Kläger dem Beklagten längst realiter angeboten. Es bestehe sohin kein Grund zur neuerlichen Ladung und Erwirkung eines Urteils im Kostenpunkt und die hiedurch erwachsenen Kosten träfen deshalb den Beklagten. Der Beklagte gab zu, daß ihm der Kläger 15 Mk. angeboten habe, bemerkte jedoch, er verlange außer diesen noch weitere 8 Mk. für Ganggebühren. Der klägerische Vertreter bestritt die Richtigkeit des Ansatzes von 8 Mk. Das Gericht gelangte zur Ueberzeugung, daß der Ansatz von 8 Mk. unbegründet sei und verurteilte mit Erkenntnis vom 28. Februar 1905 den Kläger zum Tragen der bis zum 10. Februar 1905 entstandenen Kosten, während es die seitdem erwachsenen Kosten des Rechtsstreits dem Beklagten überbürdete. Die Gründe dieses Urteils decken sich im wesentlichen mit dem oben sub 2 Ausgeführten. Auf sofortige Beschwerde des Beklagten hob das Landgericht W., ohne auf das Bestehen der Mehrforderung des Beklagten einzugehen, mit Beschluß vom 8. April 1905 das erstinstanzielle Urteil teilweise auf und überbürdete dem Kläger die sämtlichen Kosten des Rechtsstreits. Zur Begründung führte das Landgericht aus: „Der Kläger sei infolge der Zurücknahme der Klage verpflichtet, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, soweit sie nicht durch das eigene Verschulden des Beklagten (§ 95 CPO.) veranlaßt worden seien oder der Beklagte als der unterliegende Teil anzusehen sei. (§ 271 Abs. III CPO.) Damit sei zwar eine sinngemäße Anwendung des § 93 CPO. nicht ausgeschlossen, diese würde aber voraussetzen, daß die Fortsetzung des Rechtsstreits im Kostenpunkte durch den Beklagten verschuldet oder wenigstens vom Kläger nicht veranlaßt worden wäre. Hievon könne aber nur dann gesprochen werden, wenn die Höhe der zu ersetzenden Kosten außer Streit und der vom Beklagten beanspruchte Betrag bezahlt oder zur Zahlung angeboten wäre, während hier gerade über die Höhe der Kosten Streit bestehe und der Kläger sich weigere, den verlangten Betrag zu bezahlen. Der Beklagte habe aber ein Recht, diesen Streit in dem hiefür bestimmten Kostenfestsetzungsverfahren zum Austrag zu bringen und zu dessen Herbeiführung ein Urteil im Sinne des § 271 CPO. zu erwirken."

Es wäre interessant zu erfahren, wie in derartigen Fällen anderweit entschieden worden ist, weshalb um Mitteilung von Entscheidungen oder Stellungnahme zu dieser Frage aus dem Leserkreise ersucht wird.

Amtsrichter Dr. Collard in Würzburg.

---

**Zu § 1710 BGB.** Die gegen ein Urteil des Landgerichtes Würzburg vom 21. Oktober 1904 gerichteten Ausführungen in Nr. 8 dieses Blattes dürfen meines Erachtens nicht unwidersprochen bleiben. Mit vollem Recht folgert dieses Urteil aus dem Wortlaut des § 1710 BGB. in Verbindung mit § 1708 Abs. 2, daß kraft zwingender Vorschrift des Gesetzes der außerehelich Vater zu einer anderen Art der Unterhaltsgewährung als durch Entrichtung einer Geldrente nicht verurteilt werden kann. Im Falle gütlicher Vereinbarung steht natürlich nichts im Weg, daß sich der Vater verpflichtet, die Krankheitskosten gesondert neben der Rente zu bezahlen. Gegen diese auch in dem erwähnten Aufsatz von Franz in Bd. 66 S. 243 d. Bl. f. RA. vertretene und von Seipel in Bd. 69 S. 432 dieser Blätter gebilligte Ansicht ist, soweit ich sehen kann, in der Literatur bisher eine Einwendung nicht erhoben worden. Auch was nunmehr gegen das ausgeführte Urteil vorgebracht wird, erscheint mir nicht durchschlagend. Die Behauptung, aus den Motiven z. BGB. Bd. IV S. 898 erhelle, daß § 1710 BGB. bezüglich der Art der Unterhaltsgewährung gegenüber der Praxis des Gem.R. und des PrLR. eine Neuerung nicht einführen wollte, ist an sich zwar richtig aber für den hier strittigen Punkt ohne Belang. Denn, wie eine genauere Betrachtung des Zusammenhangs ergibt, erörtern die Motive an jener Stelle nur die Frage, ob der Vater ein Recht haben solle, das Kind selbst in Pflege zu nehmen oder den Unterhalt in Form einer Geldrente zu leisten habe, und entscheiden sich für die zweite Form im Anschluß an das preußische Recht und die gemeinrechtliche Praxis. Die hier strittige Frage, ob der ganze Unterhalt in einer einheitlichen Rente zu leisten oder neben der Rente einzelne Beträge, z. B. Krankheitskosten gesondert auszuwerfen seien, wird hier gar nicht berührt. Es kann daher gar keine Rede davon sein, daß die Motive die gemeinrechtliche Uebung, die Krankheits- und Kleidungskosten, das Schul- und Lehrgeld neben der Rente dem Vater gesondert aufzuerlegen, auf das BGB. ausdehnen wollten oder eine solche Ausdehnung irgendwie rechtfertigten. Die frühere Praxis hat auch vielfach Schul- und Lehrgeld und Kleidungskosten von der Rentenberechnung ausgenommen und dem Vater gesondert auferlegt, obwohl bei diesen Posten doch eine Durchschnittsberechnung sehr gut möglich ist; die frühere Praxis hat sich eben, ob mit oder ohne rechtlichen Grund, nicht für gebunden erachtet, Bestreitung des gesamten Unterhaltes in Form einer Geldrente zu verlangen. Sie kann daher jedenfalls für die auf Grund des BGB. urteilende Rechtsprechung nicht als Vorbild hingestellt werden. Auch der Einwand, daß die Krankheitskosten zur Zeit der Urteilsfällung völlig ungewiß und jeder Durchschnittsberechnung unzugänglich seien, ist nicht zutreffend. Ob ein Kind später einmal von einem schweren organischen Leiden befallen oder ob ihm ein folgenschwerer Unfall zustoßen wird, läßt sich natürlich nicht voraussehen; für solche Fälle gewährt § 323 CPO. ausreichende Abhilfe, der gerade auf Unterhaltsansprüche zugeschnitten ist und ursprünglich auch nur für solche geschaffen werden sollte (vgl. Entw. I d. BGB. § 1493). Für den regelmäßigen Fall dagegen, daß das Kind nur eine oder mehrere der landläufigen Kinderkrankheiten zu überstehen hat, läßt sich der durchschnittliche Aufwand mit einiger Sicherheit schätzen und bei Festsetzung der Geldrente mit in Rücksicht ziehen. Wäre die gegenteilige Auffassung richtig, so müßte nicht nur bei der Festsetzung der Unterhaltsrente für uneheliche Kinder, sondern bei allen auf Unterhaltsgewährung lautenden Urteilen (z. B. nach §§ 843 f., 1361, 1345 f., 1578 ff. BGB., nach Reichshaftpflichtgesetz) auf Zahlung der Krankheitskosten gesondert erkannt werden. Denn Erwachsene sind doch ebenso unvorhersehbaren Erkrankungen ausgesetzt wie Kinder. Die aus dem Zusammenhalt von § 1708 Abs. 2 und 1710 BGB. sich ergebende Vorschrift, den gesamten Lebensbedarf in Form einer Geldrente zu gewähren, steht auch dem Versuch im Weg, den Antrag, den Vater zur Zahlung der ziffermäßig noch nicht feststellbaren Krankheits-

kosten zu verurteilen, als eine neben der Leistungsklage einhergehende Feststellungsklage zu konstruieren. Denn wenn die Voraussetzungen der Leistungsklage gegeben sind, ist die Feststellungsklage regelmäßig unzulässig. (Gaupp, CPO. § 256 III, 2.) Es fehlt an jedem Feststellungsinteresse für einen Ausspruch über die Pflicht zur Tragung von Krankheitskosten, von denen noch ganz ungewiß ist, ob sie jemals entstehen werden, ganz besonders deswegen, weil künftig wohl über die tatsächliche Höhe der Kosten ein Streit zu erwarten ist, nicht aber über die rechtliche Pflicht, sie zu tragen, die gegenüber dem Leistungsurteil über die Geldrente nicht mehr ernstlich in Abrede gestellt werden kann. Das streitige Rechtsverhältnis ist dem Grunde nach sogar mit der Verurteilung zur Anerkennung der Vaterschaft schon festgestellt. Daraus folgt die Verpflichtung zur Unterhaltsgewährung unmittelbar auf Grund Gesetzes. Ein Feststellungsinteresse bestünde allenfalls hinsichtlich der Höhe des Anspruches. Diese kann aber nach der gegnerischen Auffassung im Augenblick noch gar nicht bemessen werden. Ein solches Feststellungsurteil über die Krankheitskosten wäre auch ohne jeden praktischen Wert für das Kind; leistet der Vater im Fall der Erkrankung nicht freiwillig, so ist immer noch eine Leistungsklage nötig, um einen Vollstreckungstitel zu erlangen; das Kind ist also um nichts günstiger gestellt, als wenn man es auf § 323 CPO. verweist. Abgesehen von dem zwingenden Wortlaut des Gesetzes spricht also für die vorliegende Entscheidung auch die Erwägung, daß sie den Interessen beider Teile am besten gerecht wird. Sie erledigt für den Regelfall die ganze streitige Unterhaltsverbindlichkeit durch ein einziges Urteil, während sonst, zumal einem widerwilligen Unterhaltspflichtigen gegenüber, wiederholt Urteile erwirkt werden müssen. Dabei muß eben die Rente so hoch bemessen werden, daß der Vormund von ihr einen kleinen Teil als Notpfennig für Krankheitsfälle zurücklegen kann; dann ist er besser gestellt, als wenn er in jedem Krankheitsfall sich von neuem an den Vater wenden und ihm die Notwendigkeit und Höhe der einzelnen Aufwendungen nachweisen muß. Andrerseits wird auch der Vater selbst bei beschränkten Mitteln leichter in der Lage sein, eine etwas reichlicher bemessene regelmäßige Rente aufzubringen, als neben der geringeren Rente in Krankheitsfällen unvorhergesehene Kosten plötzlich zu bestreiten.

Rechtsanwalt Levinger in Würzburg.

---

**Glaubhaftmachung neuerlichen Vermögenserwerbs (§ 903 CPO.). Verhaftung des Schuldners in einer fremden Wohnung.** Der Kaufmann Dr. wendete auf eine Ladung zum Offenbarungseid seitens der Firma Gebr. P. ein, er habe den Eid erst vor drei Jahren geleistet. Die Gläubigerin legte nun eine Erklärung des Agenten N. vor, worin dieser bestätigte, daß Dr. fortwährend Agenturgeschäfte betreibe. Das Vollstreckungsgericht erklärte daraufhin den Schuldner Dr. für verpflichtet, den Offenbarungseid zu leisten, überbürdete ihm die Kosten des Verfahrens und setzte alsbald Eidestermin auf einige Wochen später an. Gegen diesen Beschluß legte der Schuldner sofortige Beschwerde ein und behauptete unter Einreichung von Gegenerklärungen, daß der Bescheinigungszeuge erster Instanz seine dortige Erklärung nur aus Gehässigkeit abgegeben habe. Auf Erfordern des Beschwerdegerichts legte die Gläubigerin den Vollstreckungstitel vor, bestehend in einem Urteile, worin der Schuldner zur Zahlung der Valuta für einen zum Diskont erhaltenen und nicht mehr zurückgegebenen Wechsel verurteilt war; der Diskontvermittlungsauftrag datierte ausweislich des Tatbestands aus der Zeit nach der früheren Eidesleistung. Die Beschwerde wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen: „In der Erwägung, daß die sofortige Beschwerde formell nicht zu beanstanden, insbesondere die Frist gewahrt ist, da letztere nicht von der Verkündung, sondern von der Zustellung ab läuft, eine solche mangels Ausfertigung aber nicht erfolgt sein kann (§§ 900, 793, 802, 577 CPO.), auch die Bezeichnung des Oberlandesgerichts als Beschwerdegerichts offenbar irrig und unschädlich ist; daß die Glaubhaftmachung des Erwerbs neuer pfändbarer Vermögensstücke seit der Eidesleistung vom 3. November 1900 schon durch den Tatbestand des Vollstreckungstitels selbst erbracht wird, so daß auf die vorgelegten Bescheinigungen und deren Widerruf nicht eingegangen zu werden braucht; daß die Frage des Verbleibs der erworbenen Vermögensstücke (Wechselvaluta) eben durch den Offenbarungseid aufzuklären ist; daß zwar die sofortige Eidesterminsansetzung dem Gesetze nicht entspricht und auch die Formulierung des Beschlusses richtiger auf Verwerfung des Widerspruchs gegangen wäre, hiegegen jedoch die Beschwerde nicht gerichtet ist und die Kostenpflicht 1. Instanz aus § 788 CPO. gefolgert werden kann, auch soweit der Widerspruch verworfen ist.“ Im Verfolge dieses rechtskräftigen Beschlusses kam es wegen Ausbleibens des Schuldners zur Erlassung eines Haftbefehls. Dessen Vollzug wurde zunächst in den vom Schuldner laut Polizeimeldung bei der Privatiere St. in P. aftermietweise innegehabten Räumen versucht, der Schuldner jedoch nicht gefunden. Nunmehr wendete sich der Gläubiger an das Vollstreckungsgericht und dieses erließ am 27. Juli 1904 Beschluß dahin, daß der Haftbefehlsvollzug an einem Sonn- oder Feiertag gestattet und der Gerichtsvollzieher ermächtigt werde, die Verhaftung auch in der angeblich von der Frau St. gemieteten Wohnung vorzunehmen. Zur Begründung führte das Amtsgericht an, daß die streitige Wohnung ursprünglich von dem Schuldner Dr. in eigenem Namen gemiethet und die Frau St. von ihm lediglich als Haushälterin in sie aufgenommen worden sei; hienach und angesichts der gerichtsbekannten Beziehungen zwischen Beiden könne die jüngst erfolgte Uebertragung der Wohnung an Frau St. nur als zum Scheine geschehen betrachtet werden. Zugestellt wurde dieser Beschluß lediglich der Gläubigerin, nicht aber dem Schuldner Dr. oder der Wohnungsinhaberin St. Letztere erhielt aber dadurch Kenntnis, daß der Gerichtsvollzieher am nächsten Sonntag eine übrigens erfolglose Durchsuchung der ganzen Wohnung vornahm und sich dem Proteste der St. gegenüber auf die vollstreckungsgerichtliche Ermächtigung berief. Die St. legte schon am nächsten Tage gegen diese Durchsuchung sofortige Beschwerde zum Landgericht ein; letzteres gab jedoch die Beschwerdeschrift an das Amtsgericht zur Verbescheidung in eigener Zuständigkeit ab, weil es sich um Einwendungen nach § 766 CPO. gegen den amtsgerichtlichen Ermächtigungsbeschluß handle. Nunmehr wies das Amtsgericht am 6. August 1904 die Einwendungen zurück, weil die richterliche Ueberzeugung von der Scheinnatur des

Aftermietverhältnisses durch den vorgelegten auf Frau St. lautenden Mietvertrag mit dem Hausherrn und die Mietzinsquittungen nicht erschüttert sei. Mit nachträglichem Beschlusse vom 12. August 1904, zugestellt lediglich dem Gläubiger, erklärte sodann das Amtsgericht den Vollzug des Beschlusses vom 27. Juli 1904 bis auf weiteres für unzulässig, da Schuldner, wie nunmehr dem Gerichte bekannt geworden, von seinem bisherigen Wohnort abgemeldet sei und keinerlei Anhaltspunkte bestünden, daß er sich gleichwohl dort aufhalte. Nunmehr legte die St. sofortige Beschwerde gegen den amtsgerichtlichen Beschluß vom 6. August 1904 mit dem Antrage ein, diesen Beschluß aufzuheben und den Antrag des Gläubigers auf Gestattung von Pfändungen und Verhaftungen gegen Dr. in der Wohnung der St. abzuweisen. Zur Begründung war angeführt, die Annahme der Simulation hinsichtlich des Mietverhältnisses sei unhaltbar, da Beschwerdeführerin allein den Mietvertrag mit dem Hausherrn geschlossen, die Miete stets selbst bezahlt habe und ihr auch das Alleineigentum am Mobiliar zustehe. Jedenfalls sei die Beschwerde aber deshalb gerechtfertigt, weil der Schuldner Dr. laut amtlicher Bestätigung ausgezogen sei und seinen bisherigen Wohnort B. überhaupt verlassen habe. Das Landgericht wies die Beschwerde kostenfällig zurück. Aus den Gründen: „Die sofortige Beschwerde gegen vollstreckungsgerichtliche Entscheidungen steht auch Dritten zu, wenn und soweit ihre Interessen dadurch beeinträchtigt sind (RGE. XIV 363) und diese Beeinträchtigung noch fortdauert. Die Erlaubnis zu Pfändungen in der Wohnung der St. ist nun im amtsgerichtlichen Beschlusse vom 27. Juli 1904 überhaupt nicht erteilt, also insoweit keine Beschwerung derselben gegeben. Gegen die Vollstreckungserlaubnis an Sonn- und Feiertagen als solche hat die Beschwerdeführerin keinen Einwand erhoben, sie wendet sich vielmehr grundsätzlich gegen die Ermächtigung der Wohnungsdurchsuchung überhaupt, die zweifellos, wenn ungerechtfertigt, eine Beeinträchtigung ihrer Rechte darstellt. Nun ist allerdings der Ausdruck „ermächtigt" im angefochtenen Beschlusse nicht völlig zutreffend. Gemäß § 766 Abs. 2 CPO. hatte das Amtsgericht auf Gläubigerantrag darüber zu befinden, ob die vorangegangene Durchsuchungsweigerung des Gerichtsvollziehers gesetzlich begründet war oder nicht. Eine im Gesetze nicht begründete Vollstreckung hätte auch nicht durch eine Ermächtigung des Vollstreckungsgerichts zulässig werden können. Indessen geht aus der ganzen Aktenlage hervor, daß das Amtsgericht in der Tat lediglich im Rahmen des § 766 Abs. 2 CPO. feststellen wollte, daß die Durchsuchungsweigerung des Gerichtsvollziehers unter den gegebenen Umständen gesetzlich nicht begründet war. Hierin ist dem Amtsgerichte beizustimmen. Bekanntlich hat sich die oberstrichterliche Rechtsprechung dahin festgestellt (Bl. f. RA. LIV 44), daß in Bayern dem Gerichtsvollzieher insolange und insoweit der Zutritt zu den Räumen Dritter nicht versagt werden darf, als dem Schuldner selbst der Aufenthalt zusteht oder faktisch gewährt ist. Räume, die der Schuldner zum Aufenthalt — wenn auch nicht zum Schlafen — zu benutzen pflegt, sind als dessen Wohnung anzusehen (RGE. in StS. XII 132); die Gewahrsamsfrage ist bei Verhaftungen gleichgiltig. Streitigkeiten pflegen sich naturgemäß dann zu ergeben, wenn die Aufsuchung des Schuldners in den Räumen Dritter erfolglos ist. Hier kann die Berechtigung zum Verhaftungsversuche nur darnach geprüft werden, ob genügender Anhalt zur Annahme des schuldnerischen Aufenthalts vorlag, also ähnlich wie bei § 103 StPO. (vgl. Ztschr. f. Vollstr. 1902 S. 104). Mit Recht hat das Amtsgericht dies aus dem Umstande geschlossen, daß Dr. zuerst selbst die Wohnung gemietet und die St. lediglich als Stütze des Haushalts angemeldet hatte. Daß es sich bei Dr. um einen renitenten Schuldner handelt, der es mit der Wahrheit seines Vorbringens nicht genau nimmt, erhellt auch aus Folgendem. Gerichtsbekannt hat Dr. seine Eidespflicht bestritten, weil er kein neues Vermögen erworben habe. Diese Einwendungen wurden verworfen, weil aus dem Vollstreckungstitel selbst ein Erwerbsakt zu ersehen war. Nunmehr aber gibt Dr. in einer zu den Akten gekommenen Aufsichtsbeschwerde selbst an, daß er jährlich 6000 Mk. für seinen Unterhalt verwende. Bei einem derartigen Verhalten kann die Annahme des Amtsgerichts über die tatsächlichen Wohnungsverhältnisse im Gegensatze zum formellen Inhalte des Mietvertrags wohl gebilligt werden. Daß Dr. nunmehr — wie auch das Amtsgericht als glaubwürdig annimmt, — die streitige Wohnung und überhaupt den ganzen Ort B. verlassen hat, kann nicht zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses führen, sondern nur dazu, die Aktivlegitimation der St. zur Beschwerde für die Zukunft zu beseitigen. Denn der angefochtene Beschluß stellt lediglich fest, daß unter den damaligen Umständen (Aufenthalt des Dr. in der Wohnung) die Vollstreckungsweigerung des Gerichtsvollziehers ungerechtfertigt war. Hält sich Dr. nicht mehr in B. auf, so fällt es sicher niemanden mehr ein, bei der Beschwerdeführerin einen Verhaftungsversuch vornehmen zu lassen und es kann die Beschwerdeführerin auch keinen Anhaltspunkt bezeichnen, der für die Wiederholung eines solchen Versuchs unter ganz anderen Umständen, als dem amtsgerichtlichen Beschlusse zugrunde lagen, spräche. Demgemäß war die Beschwerde als unbegründet kostenfällig zurückzuweisen (vgl. Gaupp CPO. II 127; §§ 766, 577, 97 CPO.)." Die weitere Beschwerde blies erfolglos. (Beschlüsse des LG. München I vom 18. Mai und 19. August 1904.)

Landgerichtsrat Neumiller in München.

**Höhe des Streitwerts bei Klagen auf Anerkennung der außerehelichen Vaterschaft.** Bei Klagen auf Anerkennung der Vaterschaft und Unterhaltsleistung wird vielfach auf Grund des § 10 Abs. 1 u. 2 GKG. ein Streitwert von 2000 Mk. angenommen, wenn auch der Streitwert bezüglich des verlangten Unterhalts gemäß §§ 9 und 9a a. a. O. geringer ist. Da aber die Anerkennung der Vaterschaft nach den Bestimmungen des BGB. §§ 1717, 1708 ff. weiter keine rechtliche Bedeutung hat, als daß derjenige, welcher als außerehelicher Vater gilt, zur Unterhaltsleistung verpflichtet ist, so ist auch das Interesse, welches der Kläger an der Feststellung der Vaterschaft hat, kein höheres als das auf Leistung des Unterhalts gerichtete. Es ist daher bei Klagen auf Anerkennung der Vaterschaft und Unterhalt die Höhe des letzteren unter Berücksichtigung der Bestimmung des § 9a Abs. 2 des GKG. für den Wert des Streitgegenstandes als maßgebend zu erachten. Diese Ansicht wurde auch in einem Beschluß des K. Landgerichts München I vom 12. Januar 1905 (PrR. Nr. 766/04 A, Beschw.R. Nr. 26/05) gebilligt.

Amtsrichter Kraus in München.

**Vertragswidrige Ausfüllung eines Blankoakzepts.** Der Kläger klagte aus einem Wechsel gegen den Beklagten als Akzeptanten auf Zahlung von 1356 Mk. nebst Zinsen und Nebenkosten. Der Beklagte machte einen Einwand, sich auf folgende unstreitige Tatsachen stützend. Der Beklagte schuldete dem Kläger aus zwei bereits fälligen Wechseln, die schon fällig waren, insgesamt 813 Mk., und sandte an den Kläger ein akzeptiertes Wechselformular, mit der Bitte, die „Schuld zurückzunehmen", er wisse nicht genau, wieviel an Zinsen und Kosten hinzukämen, er habe deshalb den Wechsel nicht ausgefüllt und bitte die Summe einzutragen. Der Kläger sandte nach einiger Zeit eine Rechnung über 1356 Mk., die außer den 813 Mk., Zinsen, Provision und Kosten einige Mietbeträge enthielt. Darunter stand, den Wechsel habe er nach Wunsch ausgefüllt. Der Beklagte gründete hierauf nach Art. 82 WO. einen Einwand. Der Kläger machte geltend, der Beklagte habe sich durch sein Stillschweigen mit 1356 Mk. einverstanden erklärt. Dem trat der erste Richter bei, verwarf den Einwand und verurteilte den Beklagten nach dem Klageantrage. Das Berufungsgericht nahm ein Einverständnis nicht an: der Beklagte habe deutlich den Kläger nur zur Einfügung der alten Wechselsumme, um Zinsen, Provision und Kosten vermehrt, ermächtigt und wenn der Beklagte darauf die Rechnung erhalten habe, so habe er doch keine Veranlassung gehabt, die Worte, den Wechsel habe er nach Wunsch ausgefüllt, anders zu verstehen, als daß der Wechsel so ausgefüllt sei, wie der Beklagte gewünscht habe, wenn auch die Rechnung andere Kosten enthalte. Doch billigte man nicht die Ansicht des Beklagten, daß er auf den Wechsel gar nichts zu bezahlen habe, nahm vielmehr an, soweit der Wechsel vereinbarungsgemäß ausgefüllt sei, habe der Beklagte kein Recht, die Zahlung der Wechselschuld zu verweigern. (Urt. d. OLG. Breslau in S. Szepan c. Botar 2/5. 05).

Geh. Justizrat H. Meyer in Breslau.

# Aus der Praxis der Gerichte.

## Reichsgericht.

### A. Zivilsachen.

### I.

**Zu § 423 BGB., Art. 8, 81, 82 Wechselordnung.** Der Beklagte, der von der Firma Tr. einen größeren Betrag zu fordern hatte, erhielt von dieser Zahlung halber deren Akzept auf 3000 Mk. Der Wechsel war von ihm selbst an eigene Order gezogen und am 12. Mai 1902 fällig. Er hat den Wechsel der Klägerin zum Diskont eingesandt. Als er am Verfalltage nicht eingelöst wurde, hat der Beklagte der Klägerin ein Prolongationsakzept per 10. August 1902 übersandt, das die gleichen Personen als Wechselverpflichtete trug. Am 10. Juli 1902 ist über das Vermögen der Akzeptantin Tr. der Konkurs eröffnet worden. Klägerin hat im Konkurs Forderungen von ca. 150000 Mk., darunter ca. 20000 Mk. Wechselforderungen angemeldet. Auch der Anspruch aus dem hier in Frage kommenden Wechsel ist angemeldet worden. Der Verwalter hat 87000 Mk. anerkannt, den Rest bestritten, besonders die Wechselforderungen, weil die Wechsel nicht vorgelegt waren. Am 22. August 1902 hat Klägerin gegen den Beklagten im Wechselprozeß ein Urteil auf Zahlung der Wechselsumme zu 3000 Mk. nebst Nebenforderungen erstritten. Der Beklagte, der widersprochen hatte, hat am 28. November und am 2. Dezember die Urteilssumme zur Abwendung der Zwangsvollstreckung bezahlt. Am 8. Januar 1903 hat Klägerin mit dem Verwalter über die streitig gebliebenen Ansprüche einen Vergleich geschlossen, inhaltlich dessen sie zur Abfindung 45000 Mk. aus der Masse zu erhalten hatte. Im Nachverfahren hat nun der Beklagte geltend gemacht, daß durch den Vergleich vom 8. Januar 1903 und die unstreitig an die Klägerin erfolgte Zahlung der Abfindung die Akzeptschuld der Firma Tr. und damit seine Akzeptschuld getilgt sei. Dagegen hat die Klägerin geltend gemacht, daß sie zur Zeit des Vergleichs den an den Beklagten infolge der Zahlung im Dezember 1903 ausgelieferten Wechsel nicht mehr in Händen gehabt habe und nicht mehr Wechselgläubiger gewesen sei, daß der Vergleich sich deshalb auf den Wechsel nicht bezogen haben könne. Die Instanzgerichte haben die Klage abgewiesen. Der Berufungsrichter stellt fest, daß der Vergleich sich auf den Klagewechsel mitbeziehe, obwohl derselbe damals vom Beklagten auf Grund des Wechselurteils unter Vorbehalt bezahlt und der Wechsel an ihn ausgehändigt gewesen sei, daß die Behauptung der Klägerin, der Wechsel sei mit Rücksicht hierauf von dem Vergleich ausgeschlossen, widerlegt sei, und daß durch den Vergleich die Ansprüche aus dem Wechsel haben vollständig erledigt werden sollen. Ausgeführt wird, daß mit dem Erlöschen der Verpflichtung des Akzeptanten auch die des Ausstellers wechselrechtlich erloschen, auch nach § 425 des BGB. anzunehmen sei, der Vergleich habe den Aussteller mitbefreit. Den Vorbehalt des Wechselrechts gegen den Aussteller habe die Klägerin zu beweisen, solchen Beweis aber nicht nur nicht geführt, sondern ein solcher Vorbehalt sei geradezu widerlegt. Das Reichsgericht hat aufgehoben und das Wechselurteil unter Wegfall des Vorbehaltes aufrecht erhalten.

Aus den Gründen: Die Feststellung, daß der Vergleich den streitigen Wechsel mitumfaßt habe, ist nach dem Inhalt des Vergleichs nicht zu beanstanden, ebenso, daß durch die Zahlung der Vergleichssumme von 45000 Mk. der Anspruch der Klägerin aus diesem Wechsel gegen den Akzeptanten hat getilgt werden sollen und getilgt worden ist. Und soweit die Klägerin durch die Zahlung der 45000 Mk. materielle Befriedigung wegen des Wechsels erhalten hat, ist unbedenklich auch ihr Anspruch gegen den Aussteller des Wechsels getilgt; was die Klägerin von dem Akzeptanten erhalten, kann sie nicht noch einmal von dem Aussteller fordern (Art. 8 WO.). Aber was von den 45000 Mk. auf den streitigen Wechsel zu rechnen, der nur einen verschwindend kleinen Teil der Forderungen der Klägerin gegen die Tr.-Werke bildet, die durch den Vergleich beglichen worden sind, ist nicht dargelegt und nicht zu ersehen. Nach Art. 81 WO. und der zweiten Alternative des Art. 82 wirkt der Vergleich zwischen Wechselgläubiger und Akzeptanten ebenso wie der Erlaß nicht notwendig auch für den Wechselaussteller. Auch nach § 423 BGB. wirkt der Vergleich und der in ihm enthaltene Erlaß zwischen dem Gläubiger und einem Gesamtschuldner grundsätzlich nur zwischen diesen beiden, wenn nicht die Vertragschließenden das ganze Schuldverhältnis aufheben wollen. Grundsätzlich hat der den Beweis zu führen, der die Wirkung des Vergleichs über die Personen der Vergleichschließenden hinaus für seine Person in Anspruch nimmt. Unrichtig ist die Ausführung des Berufungsrichters, daß mit dem Erlöschen der Verbindlichkeit des Akzeptanten ohne Befriedigung des Wechselgläubigers stets auch die des Ausstellers erlösche, der nach Art. 8 WO. für die Zahlung wechselmäßig haftet, im vorliegenden Falle unstreitig den Wechsel auf Grund des Wechselurteils, wenn auch unter Vorbehalt, bezahlt und den Wechsel und Protest in Händen hatte. Die Klägerin hatte zur Zeit des Vergleichsschlusses von ihrem Rechte

aus dem Wechsel gegen Akzeptanten und Aussteller Gebrauch gemacht, den Anspruch aus dem Wechsel gegen den Akzeptanten in dessen Konkurse angemeldet, den Anspruch gegen den Aussteller im Wechselprozeß geltend gemacht, ein Wechselurteil erstritten, vorläufig Zahlung erhalten und den Wechsel ausgehändigt. Dem Aussteller, dem Beklagten, blieb der Regreß gegen den Akzeptanten, der nach dem, dem Wechselzuge unstreitig zugrunde liegenden Schuldverhältnis, der eigentliche Schuldner war. Der Beklagte hat denn auch unstreitig seine Regreßforderung zum Konkurse des Akzeptanten angemeldet. Bei dieser Sachlage genügt nicht, daß, wie der Berufungsrichter feststellt, der Vergleich darüber, daß die Klägerin sich den Anspruch gegen den beklagten Aussteller vorbehalten, nichts ergibt und dafür auch sonst nichts erwiesen ist. Einen solchen Vorbehalt hatte die Klägerin nicht zu beweisen, wie der Berufungsrichter irrig annimmt, ausgehend von der den Art. 8, 81 der WO. widersprechenden Auffassung, daß die Verpflichtung des Ausstellers aus dem Wechsel fortfalle. Vielmehr hat der Beklagte zu beweisen, daß durch den Vergleich außer der Verpflichtung des Akzeptanten auch seine Verpflichtung aus der Ausstellung des Wechsels habe aufgehoben werden sollen. Der Vergleich sagt darüber aber nichts, so nahe es für die Kontrahenten lag, eine Bestimmung zu treffen, um den Regreß des Ausstellers gegen die Konkursmasse des Akzeptanten auszuschließen. (Urt. vom 5. April 05, I 596/04.)

Mitgeteilt von Dr. Kaiser, Rechtsanwalt beim Reichsgericht.

II.

**Haftung für unrichtige Angaben eines Prospekts.** Die Beklagten haben sich im Jahre 1889 an der Gründung der Aktiengesellschaft „E.sche Industriegesellschaft" beteiligt und die Aktien emittiert. Sie haben einen Prospekt durch Einrückung in Zeitungen und Versendung an Bankhäuser und Kaufleute bekannt gemacht. Der Kläger, ein Käufer von Aktien, die z. Z. wertlos sind, verlangt Rückzahlung des für eine Aktie an die Beklagten gezahlten Betrages. Er hatte den Prospekt gelesen. Das Berufungsgericht hat nach Klagantrag erkannt. Die Revision wurde verworfen.

Aus den Gründen: Der Vorderrichter beruft sich auf die Begründung zum Börsengesetz (§ 43 ff.): „Unter der Mitwirkung der offenkundigen allgemeinen Verhältnisse wird sich eine dem Inhalte des Prospekts entsprechende Stimmung des Publikums bilden und hieraus ergiebt sich der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Prospekt und der Aktienanschaffung, wenn jemand ein Stück nach Erlaß des Prospekts erwirbt, mag er ihn nun gelesen haben oder nicht und der erste oder ein späterer Erwerber sein". Das Berufungsgericht läßt diesen Satz auch für den vorliegenden Fall gelten. Die Revision bekämpft dies, weil er nur für § 43 BG. gelte, der eine praesumtio iuris et de iure für den ursächlichen Zusammenhang zwischen Angaben im Prospekt und späteren Ankäufen anordne. Das ist irrig. Auch § 43 BG. verlangt einen realen Zusammenhang (vgl. Entsch. Bd. 46 S. 86 f.). Der Satz entspringt nur einer allgemeinen anerkannten Erfahrung. Es ist dabei nicht ausgeschlossen, daß sie einmal im Einzelfalle nicht zutrifft. (Es wird nun weiter unter Hinweisung auf Vorschriften des PLR. ausgeführt, daß der Anspruch auf Rückzahlung begründet ist.) Die Beklagten können sich nicht darauf berufen, daß der Schaden z. Z. des Ankaufs noch nicht so groß gewesen sei wie jetzt und daß der nachträgliche Schaden durch Wiederverkauf auf Dritte hätte abgewälzt werden können. Sie tragen insoweit die Gefahr des weiteren Verlaufs. (Urt des I. CS. vom 25. Februar 1905.)

— — — n.

## B. Strafsachen.

I.

**Kann in der Fahrlässigkeit, mit welcher eine nicht erweislich wahre, ehrenrührige Tatsache behauptet oder verbreitet wird, ein „Umstand" erblickt werden, aus welchem das Vorhandensein einer Beleidigung hervorgeht (§§ 186, 193 StGB.)?**

Aus den Gründen: Nicht minder bestehen Bedenken, insofern der Erstrichter seine Annahme einer Absicht, zu beleidigen, auf den „Umstand" gründet, daß „die Angeklagten ohne besonders sorgfältige Prüfung der Wahrheit der von ihnen aufgestellten Behauptungen vorgegangen seien". In den Fällen des § 186 StGB. ist das Verschulden des Täters schlechthin in dem Behaupten oder Verbreiten einer ehrenrührigen Tatsache zu erblicken und wird die Unwahrheit der Tatsache so lange vermutet, als nicht die Wahrheit erwiesen ist. Zur Feststellung des inneren Tatbestands genügen, abgesehen von der Rechtswidrigkeit, die Vorsätzlichkeit der Handlung und das Bewußtsein des ehrenkränkenden Charakters der aufgestellten Behauptungen (Entsch. d. RG. Bd. 25 S. 355, 359); die Nichterweislichkeit der Wahrheit bildet nur eine äußere Voraussetzung der Strafbarkeit der Handlung. Eine Fahrlässigkeit, welche hinsichtlich der Prüfung der Wahrheit und Erweislichkeit mit der Aufstellung der Behauptung zusammenhängt, kann daher nicht als Merkmal des Tatbestands des § 186 StGB. in Betracht kommen und bildet insofern allerdings einen außerhalb desselben liegenden Umstand, aber gleichwohl nicht einen solchen im Sinne des § 193 StGB., aus welchem das Vorhandensein einer Beleidigung entnommen werden könnte; denn sie stellt sich, soweit jeweils vorhanden, immer nur als eine ausschließlich innere Eigenschaft der aus § 186 StGB. zu ahndenden Handlung in bezug auf die äußere Voraussetzung der Strafbarkeit der Handlung dar, während ein Umstand im Sinne des § 193 StGB. nur etwas zu den gesetzlichen Voraussetzungen der Strafbarkeit der Tat hinzutretendes Aeußerliches sein kann, das die Tat, indem es innerlich mit ihr zusammenhängt, umgibt und begleitet. (Urt. des I. St.-S. v. 19. April 05, 1 D 42/05.)

B.

II.

**Berechnung der Strafzeit, wenn bei Einleitung der Vollstreckung einer nach § 79 StGB. erkannten Gesamtstrafe die Vollstreckung einer Einzelstrafe bereits begonnen hat.** Durch die Bestimmung des § 74 StGB. will das Gesetz die regelmäßig in der einfachen Häufung und unmittelbar aufeinanderfolgenden Vollstreckung mehrerer verwirkter Freiheitsstrafen liegende ungerechtfertigte Verschärfung der einzelnen Strafen vermeiden, indem angeordnet wird, daß die verwirkten Einzelstrafen in eine Gesamtstrafe, das ist eine einzige, einheitliche Strafe zusammenzufassen und umzuwandeln seien (vgl. Beschl. der Vereinigten Straff. v. 18. April 1894, Entsch. 25, 297, 307). Als Regelfall ist vom Gesetze die gleichzeitige Aburteilung der sämtlichen zusammentreffenden strafbaren Handlungen gedacht; ist aber aus irgend einem zufälligen Grunde zuerst nur wegen einer oder eines Teiles der Handlungen auf Strafe erkannt, so ist durch § 79 StGB. Vorsorge getroffen, daß der mit der Bestimmung des § 74 StGB. verfolgte Zweck auch noch bei späterer Aburteilung wegen einer Handlung, die vor der früheren Aburteilung begangen war, erreicht wird. Es will sohin im Falle der Anwendung des § 79 StGB. auf dem Wege eines Nachtragserkenntnisses dieselbe Wirkung erzielt werden, welche eingetreten wäre, wenn schon bei der ersten Aburteilung der gesamte Anklagestoff vorgelegen gewesen wäre (73, 213 (217); 18, 200, 333). Dem Grundgedanken des Gesetzes entsprechend ist die nachträgliche Erkennung einer Gesamtstrafe nur

dann ausgeschlossen, wenn eine früher erkannte Strafe bereits verbüßt, verjährt oder erlassen ist. Mit dem Eintritte der Rechtskraft eines gemäß § 79 StGB. erlassenen Urteils tritt die dadurch erkannte Gesamtstrafe an die Stelle aller, auch der durch das frühere Urteil erkannten Einzelstrafen. Die früher erkannte Strafe verliert ihre prozessuale Selbständigkeit und geht in die Gesamtstrafe, sich in einen Teil derselben verwandelnd, über. Hat die Vollstreckung der früher erkannten Strafe bereits begonnen, so ergibt sich die Bedeutung, welche dieses für die Vollstreckung der Gesamtstrafe hat, deutlich aus dem erwähnten Grundgedanken des Gesetzes und dem Zwecke des § 79 StGB., wonach die Verhängung und Vollstreckung einer einheitlichen Strafe herbeigeführt und auch im Falle mehrerer aufeinander folgenden Einzelaburteilungen die gleiche Wirkung erzielt werden will, wie wenn die späteren Aburteilungen gleichzeitig mit der ersten erfolgt wären. Der Einheitlichkeit der Strafe muß die Einheitlichkeit der Strafvollstreckung entsprechen und es muß, wenn die Vollstreckung einer in die Gesamtstrafe übergegangenen und zu einem Teile derselben gewordenen Einzelstrafe bereits begonnen hatte, als ausgeschlossen erscheinen, daß die begonnene Strafvollstreckung mit dem Eintritte der Rechtskraft des auf Gesamtstrafe lautenden Urteils unterbrochen und beendigt wird, es muß vielmehr, wie hinsichtlich der Verhängung die frühere Strafe in die Gesamtstrafe, so auch die Vollstreckung der früheren Strafe in die Vollstreckung der Gesamtstrafe übergehen und sich in einen Teil dieser verwandeln. Aeußerlich dauert die bereits eingeleitete Strafvollstreckung als eine solche der Einzelstrafe solange fort, bis durch die Strafvollstreckungsbehörde auf Grund des § 481 StPO. unter Einbeziehung der bisherigen Strafvollstreckung der Vollzug der Gesamtstrafe förmlich durchgeführt wird. Hierbei muß, da die Strafvollstreckung bereits begonnen hat, die Annahme eines neuerlichen besonderen Beginns ausgeschlossen sein und muß die der Anwendung des § 79 StGB. innewohnende Rückwirkung zur Geltung kommen, so daß der Beginn der Vollstreckung der früheren Strafe rechtlich als Beginn der Vollstreckung der Gesamtstrafe zu erachten und zu behandeln ist. Die dementsprechende Berechnung der Strafzeit ergibt sich von selbst, wenn in der Form der Verhängung einer gleichartigen Zusatzstrafe (E. 8, 62, 64) auf Gesamtstrafe erkannt ist, wobei trotz der äußeren Scheidung dem Wesen nach auch nur eine einzige, einheitliche Strafe vorliegt und vollzieht sich ohne Schwierigkeit, wenn, wie vorliegend, die Gesamtstrafe unter Einrechnung einer früheren erkannten gleichartigen Strafe förmlich voll ausgesprochen ist. Aber auch wenn die frühere Strafe in Gefängnis oder Festungshaft bestanden hat und die Gesamtstrafe auf Zuchthaus lautet, tritt nicht eine Unterbrechung der an sich fortdauernden Strafvollstreckung, somit nicht eine Störung der Einheitlichkeit der Strafvollstreckung als solcher, sondern nur — während der Dauer der Vollstreckung — eine Veränderung der Art der zu vollstreckenden Freiheitsstrafe ein, wobei selbstredend bei Berechnung der Strafzeit der § 21 StGB. zu berücksichtigen ist. Die von der Revision geteilte Meinung des Erstrichters, daß es rechtlich unmöglich sei, den Beginn der Gesamtstrafe auf den Zeitpunkt des Beginns der Strafe, in deren Verbüßung der Verurteilte begriffen ist, zurückzuverlegen, erweist sich demnach als nicht zutreffend, . . . (Urt. des I. St.-S. v. 29. April 1905, 1 D 124/05).[1] B.

[1] Abweichend von Entsch. des Bayer. Oberst.LG. Bd. II S. 186 u. anderen bayer. Entsch.

## Oberstes Landesgericht.

**Die Feststellung der Gebrechlichkeit eines Volljährigen, der nicht unter Vormundschaft steht, als Voraussetzung der Anordnung einer Pflegschaft (§ 1910 des BGB.) ist nicht durch seine Einwilligung in die Anordnung der Pflegschaft bedingt. Wann ist eine Verständigung mit ihm über seine nach Feststellung der Gebrechlichkeit erforderliche Einwilligung in die Anordnung der Pflegschaft (§ 1910 Abs. 3 des BGB.) als unmöglich anzusehen?** Die Strafkammer des Landgerichts N. hat in einem Verfahren auf Unbrauchbarmachung von drei von G. L. in N. verfaßten Druckschriften beleidigenden Inhalts auf Grund einer Mehrzahl von ärztlichen Gutachten, insbesondere eines Gutachtens des Landgerichtsarztes Dr. B., G. L. für unfähig erklärt, die ihm nach den §§ 478, 479 StPO. zustehenden Befugnisse persönlich wahrzunehmen, weil er mindestens in den Angelegenheiten, die, wie die beanstandeten Schriften, mit seinen Beziehungen zu X. in N. zusammenhängen, so von krankhaften Verfolgungsvorstellungen beeinflußt sei, daß ihm die Geschäftsfähigkeit abgesprochen werden müsse. Unter Bezugnahme auf diesen Beschluß hat der Staatsanwalt an das Amtsgericht N. als Vormundschaftsgericht den Antrag gestellt, eine Pflegschaft für G. L anzuordnen. G. L. wurde über den Antrag gehört und hat der Anordnung einer Pflegschaft widersprochen, wobei er sich darauf berief, daß Professor Dr. Sp. in E. ihn nach mehrmaliger Untersuchung für geistig gesund erklärt habe. Das Amtsgericht hat aber ohne Erholung eines neuen Gutachtens die Bestellung eines Pflegers für G. L. zur Wahrnehmung seiner Rechte in dem Verfahren wegen Einziehung der beanstandeten Schriften angeordnet und seine Einwilligung deswegen für entbehrlich erachtet, weil er geschäftsunfähig sei. Die von L. eingelegte Beschwerde, zu deren Begründung er beantragte, über seinen Geisteszustand den Professor Dr. Sp. als Sachverständigen zu vernehmen, wurde vom Landgerichte N. zurückgewiesen. In den Gründen des Beschlusses wird u. a. ausgeführt, Landgerichtsarzt Dr. B. und ein zweiter Sachverständiger hätten den Beschwerdeführer in ausführlichen Gutachten für geisteskrank im Sinne des § 51 StrGB. erklärt, der amtliche Arzt habe in einem neuerlichen Gutachten den L. wegen seiner Wahnvorstellungen in allen seine Beziehungen zu X. betreffenden Angelegenheiten für unfähig erklärt, seine Rechte wahrzunehmen und rechtlich wirksame Erklärungen abzugeben. Auf Grund dieses überzeugenden Gutachtens schließe das Beschwerdegericht sich der Feststellung des Vormundschaftsgerichts an. Der Widerspruch des Beschwerdeführers stehe der Anordnung einer Pflegschaft nicht entgegen, weil eine Willenserklärung des L. wegen dessen Geschäftsunfähigkeit nichtig sein würde. Gegen diese Entscheidung hat G. L. weitere Beschwerde eingelegt, indem er § 104 Nr. 2, § 105 und § 1910 Abs. 3 BGB. als verletzt bezeichnet und geltend macht, der § 1910 Abs. 3 BGB. mache die Anordnung der Pflegschaft von der Zustimmung desjenigen abhängig, dem der Pfleger bestellt werden soll, und lasse eine Ausnahme nur für den Fall zu, daß eine Verständigung mit dem der Fürsorge Bedürftigen nicht möglich ist, davon könne aber in dem vorliegenden Falle nicht die Rede sein. Wie der Geisteskranke in dem Entmündigungsverfahren als prozeßfähig gelte, müsse er auch bei der Beiordnung eines Pflegers als willensfähig behandelt werden, es gehe nicht an, ihn in dem Verfahren, in dem erst festgestellt werden soll, daß die Voraussetzung der Anordnung einer Pflegschaft vorliegt, schon als willensunfähig anzusehen und ihm damit das rechtliche Gehör zu verweigern. Dieses Verfahren habe mit den Beziehungen des Beschwerdeführers zu X., in deren Bereich allein er für geschäftsunfähig erachtet worden sei, nichts zu tun. Die vor-

liegenden Gutachten hätten zur Feststellung einer Geisteskrankheit des Beschwerdeführers nicht genügt, es habe ihm nicht die Führung des Nachweises abgeschnitten werden dürfen, daß er nicht mehr geisteskrank ist. Die Bestellung eines Pflegers, der mit den verwickelten Verhältnissen nicht so vertraut sein könne wie der Beschwerdeführer, sei zwecklos, der Beschwerdeführer würde durch seine Wahnvorstellungen, wenn sie noch beständen, nur dazu bestimmt werden, seine Rechte mit aller Kraft zu verfechten. Auch der weiteren Beschwerde wurde der Erfolg versagt aus nachstehenden Gründen: Nach § 27 GFG. kann die weitere Beschwerde nur darauf gestützt werden, daß die angefochtene Entscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes im Sinne des § 550 CPO., d. h. auf Nichtanwendung oder unrichtiger Anwendung einer Rechtsvorschrift, beruht. Das für das Rechtsmittel zuständige Gericht hat nur zu prüfen, ob eine solche Verletzung des Gesetzes vorliegt, Beschwerdegründe, welche die Richtigkeit einer ohne Verletzung des Gesetzes getroffenen Feststellung von Tatsachen angreifen oder sich gegen die Angemessenheit des Gebrauchs richten, den das Beschwerdegericht von einem ihm vom Gesetz eingeräumten Ermessen gemacht hat, kommen nicht in Betracht. Eine Verletzung des Gesetzes in dem angegebenen Sinne liegt aber nicht vor. Die Vorinstanzen hatten nach § 12 GFG. zur Feststellung der in Betracht kommenden Tatsachen von Amts wegen die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen. Dabei waren sie nicht an die Anträge der Beteiligten gebunden und nicht verpflichtet, jedem Beweisantrage stattzugeben (Neue Saml. v. Entsch. d. OLG. Bd. 4 Nr. 1 S. 3, Bd. 5 Nr. 96 S. 418). Sie hatten zu erwägen, ob die vorliegenden Gutachten über den Geisteszustand des Beschwerdeführers zur Begründung der Ueberzeugung von einer die freie Willensbestimmung ausschließenden krankhaften Störung seiner Geistestätigkeit ausreichten, und waren, wenn sie diese Frage insbesondere mit Rücksicht auf das erst kurz vorher abgegebene Gutachten des Landgerichtsarztes bejahten, nicht genötigt, ein weiteres Gutachten zu erholen. Die im § 1910 Abs. 3 BGB. erforderte Einwilligung des Gebrechlichen in die Anordnung der Pflegschaft hat nicht die Bedeutung, daß ohne sie das die Fürsorge erforderlich machende geistige Gebrechen nicht festgestellt werden könnte, sondern kommt erst in Frage, wenn das Gebrechen festgestellt ist; die Pflegschaft soll dem Gebrechlichen nicht aufgedrängt werden. Die Vergleichung mit dem Anfechtungsrechte, das im Entmündigungsverfahren nach § 664 CPO. auch dem Geisteskranken zusteht, trifft daher nicht zu. Der Beschwerdeführer ist über die Anordnung der Pflegschaft gehört worden, sein Widerspruch ist aber deswegen nicht für maßgebend erachtet worden, weil angenommen wurde, daß in dieser mit seinen Beziehungen zu X. zusammenhängenden Angelegenheit seine freie Willensbestimmung durch die krankhaften Verfolgungsvorstellungen ausgeschlossen sei. Darin ist eine irrige Auffassung der Vorschriften des § 1910 Abs. 3, des § 104 Nr. 2 und des § 105 BGB. nicht zu finden. Wenn der Beschwerdeführer in der Frage, ob er der Anordnung einer Pflegschaft zustimmen solle, unter der Herrschaft von Wahnvorstellungen stand, die seine freie Willensbestimmung ausschlossen, so war in dieser Angelegenheit eine Verständigung mit ihm nicht möglich, sein Widerspruch erschien nicht als das Ergebnis einer Verständigung sondern als ein Ausfluß seiner krankhaften Vorstellungen und vermochte deshalb die Anordnung der Pflegschaft nicht zu hindern (Planck, Komm. z. BGB. Bd. 4 S. 651 Anm. 2 d, Rechtspr. d. OLG. Bd. 2 S. 234). Hiernach muß die weitere Beschwerde, ohne daß auf die übrigen Beschwerdegründe einzugehen ist, die sich nach § 27 GFG. nicht zur Berücksichtigung eignen, als unbegründet zurückgewiesen werden. (Beschl. I C.-S. Reg. III 29/1905 vom 6. Mai 1905.)

Mitgeteilt von C. Yblagger, Rat am Obersten Landesgerichte.

## Oberlandesgericht München.

### I.

**Haftung des Hotelbesitzers für Unfälle der Fahrgäste bei Benützung des Hotelwagens.** Der Beklagte betreibt einen Gasthof. Im Betriebe seines Gewerbes hält er auch Wagen und Pferde und hat einen Kutscher angestellt. Fuhrwerk und Kutscher schickt er zu den ankommenden Zügen an den Bahnhof, damit die ankommenden Hotelgäste in dem Wagen in den Gasthof befördert werden. Klägerin hat den Wagen zur Fahrt vom Bahnhof in die Stadt benützt. Unterwegs brach das linke Hinterrad des Wagens, so daß dieser umstürzte und die Klägerin durch das Wagenfenster auf das Straßenpflaster fiel. Klägerin verlangt wegen der hierbei erlittenen Verletzungen von dem Hotelbesitzer Schmerzensgeld, Entschädigung für Verdienstentgang, Ersatz für die Kosten des Arztes &c. &c. Das Landgericht beschränkte die Verhandlung auf den Grund des Anspruchs und erachtete diesen für begründet; das Oberlandesgericht hat die Berufung gegen das Zwischenurteil zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Der Beklagte gibt zu, daß die Klägerin zu ihm durch die entgeltliche Benützung des Wagens in ein Vertragsverhältnis getreten ist. Die Klägerin führt den Radbruch darauf zurück, daß einige Speichen da, wo sie in die Nabe eingriffen, morsch waren und behauptet, daß diese Mängel bei Wahrung der erforderlichen Sorgfalt dem Beklagten nicht hätten entgehen können, während dieser die Schadhaftigkeit der Speichen und jegliche Saumsal bezüglich der Untersuchung der Radspeichen bestreitet. Es handelt sich hier um einen Beförderungsvertrag (Transportvertrag). Der Beklagte trägt die Schließung dieses Vertrages den mit den Eisenbahnzügen Ankommenden dadurch an, daß er seinen Wagen mit dem Kutscher zur Bahn schickt und so das Fuhrwerk zur Benützung bereit stellt. Der Antrag wird durch Benützung der dargebotenen Fahrgelegenheit angenommen. Man kann auch annehmen, daß der Kutscher oder die ihn begleitende Person als Vertreter des Gasthofbesitzers bei Schließung des Beförderungsvertrages erscheint. Die Uebernahme der Beförderung eines Menschen von einem Orte nach einem anderen ist die Uebernahme eines Werkes. Es liegt also ein Werkvertrag nach § 631 BGB. vor, wenn eine besondere Vergütung für die Fahrt berechnet wird. Sollte jedoch eine besondere Vergütung nicht berechnet und bezahlt werden, so wäre immerhin das Vertragsverhältnis nach der Art des Werkvertrages rechtlich zu beurteilen. In Ermangelung besonderer Vorschriften hat der Unternehmer eines Werkes Fahrlässigkeit zu vertreten. § 276 BGB. Der Unfall, durch den die Klägerin beschädigt wurde, ist auch nach der Ansicht des Berufungsgerichtes, wie die Beweiserhebung ergibt, darauf zurückzuführen, daß einige Speichen des linken Hinterrades da, wo sie in die Nabe eingriffen, morsch waren, deshalb plötzlich ohne besondere Veranlassung zerbrachen und hiedurch den Wagen zu Fall brachten. (Hier folgt die Beweiswürdigung.) Der Beklagte hat also das von ihm versprochene Werk der Personenbeförderung mit einem Wagen auszuführen versucht, der hiezu ungeeignet war und die Gesundheit der Fahrgäste gefährdete. Es ist unzweifelhaft, daß hierin an sich ein Verschulden in Erfüllung einer übernommenen Verpflichtung liegen kann. Dies wird auch dadurch nicht anders, daß Beklagter nicht erst nach Uebernahme der Verpflichtung den Wagen zur Ausführung des Werkes bestimmte, sondern schon sein Vertragsangebot mit Bezug auf den Wagen machte.

Hiedurch tritt lediglich ein Verschulden bei der Vertragsschließung (culpa in contrahendo) hinzu, welche das weitere Verschulden nicht beseitigen würde. Es könnte nur in Frage kommen, ob nicht den Fahrgast, der den Wagen als Beförderungsmittel annahm, auch ein Verschulden treffen würde (§ 254 BGB.). Der Fahrgast hat jedoch keine Gelegenheit und keine Verpflichtung zu einer eingehenden Untersuchung des Wagens, zu der ihm für gewöhnlich auch die Sachkenntnis fehlen wird. Er muß und darf sich darauf verlassen, daß der Unternehmer ihm nur sicheres Fuhrwerk zur Verfügung stellt. Eine vorsätzliche Handlung, Bestimmung des Wagens zur Personenbeförderung in Kenntnis seines Mangels und der deshalb fehlenden Eignung hiezu, wird dem Beklagten nicht zur Last gelegt. Er muß aber auch eine allenfallsige Fahrlässigkeit vertreten. Er ist der Klägerin zum Schadensersatz verpflichtet, wenn seine Unkenntnis von dem Mangel des Wagens darauf zurückzuführen ist, daß er hinsichtlich der Untersuchung des Wagens in bezug auf seine Tauglichkeit zur sicheren Personenbeförderung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen hat. Dies nimmt mit dem Erstrichter auch das Berufungsgericht an (folgt Beweiswürdigung). Ist es schon an sich eine Nichtbeachtung der erforderlichen Sorgfalt, wenn derjenige, der gewerbsmäßig Personenbeförderung betreibt, wichtige Teile des Fuhrwerkes, wie die Radspeichen, mehr als zwei Jahre lang völlig ununtersucht läßt, so ist die Fahrlässigkeit hier um so gröber, als der Beklagte durch die Reparatur-Arbeiten im Jahre 1900 darauf aufmerksam geworden war, daß einige Speichen schadhaft waren, nach 6 Jahren seit Fertigung des Wagens als unbrauchbar entfernt und durch neue ersetzt werden mußten. Er hätte daraus bei nur einiger Sorgfalt und Vorsicht schließen müssen, daß es nicht allzulange dauern werde, bis auch andere Speichen anfaulen werden und dies hätte ihn veranlassen müssen, in kurzen Zwischenräumen, mindestens aber gelegentlich der Schmiedarbeiten und der Auflackierungsarbeiten im vorhergehenden Jahre die Radspeichen durch einen sachkundigen Wagnermeister untersuchen zu lassen. Diese Unterlassung enthält eine Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt und ebenso ist die Verwendung eines bezüglich der Untersuchung auf seine Tauglichkeit so sehr vernachlässigten Wagens zur Personenbeförderung zu beurteilen. Den durch diese Fahrlässigkeit verursachten Schaden hat der Beklagte zu ersetzen. Bei dieser Sachlage bedarf es nicht der Erwägung, ob nicht das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien nach einigen Richtungen hin nach Art der Miete zu beurteilen ist, weil der Beklagte der Klägerin einen Teil seines Wagens zum Gebrauch als Aufenthalt während der Beförderung einräumte, ob nicht die mangelhafte Beschaffenheit des Wagens diesen als mit einem Fehler behaftet erscheinen läßt, der seine Tauglichkeit zum vertragsmäßigen Gebrauche als sicherer Aufenthalt während der Beförderung aufhob, und ob nicht deshalb nach §§ 537, 538 BGB. eine Schadensersatzpflicht des Beklagten ohne Rücksicht auf die Schuldfrage besteht, weil schon bei dem Abschlusse des Vertrages ein Mangel der in § 537 BGB. bezeichneten Art vorhanden war. (Urt. vom 6. Mai 1905.) W.

II.

**Klauseleinwendungen gegen eine Bayerische Hypothekenurkunde nach Erlöschen der dinglichen Haftung (§§ 732, 797, 801 CPO., Art. 127 ff. AG. z. CPO.).** B. versuchte als Zessionar des ursprünglichen Gläubigers gegen den Schuldner St. auf Grund eines die Vollstreckungsunterwerfung nicht enthaltenden Schuld- und Hypothekenbriefs mit Rechtsnachfolgeklausel Pfändung, die jedoch mangels greifbarer Habe erfolglos verlief. Der Schuldner erhob nunmehr gegen die vom Notar erteilte Rechtsnachfolgeklausel Einwendungen, weil die beurkundete Hypothek bei der Subhastation durchgefallen und längst gelöscht gewesen sei, als die Rechtsnachfolgeklausel erteilt worden. Das nach § 797 Abs. 3 CPO. zuständige Amtsgericht forderte den Gläubiger zur Erklärung auf und dieser machte lediglich geltend, er verweigere „die Einlassung", bis der zahlungsunfähige Schuldner Sicherheit wegen der Prozeßkosten geleistet habe. Daraufhin wurden die Einwendungen als unzulässig zurückgewiesen, weil die tatsächlich erfolgte Löschung nicht einen formellen, sondern einen materiellen Einwand gegen die Klausel darstelle und deshalb nur nach § 768 CPO. verfolgt werden könne. Gegen diese lediglich dem Antragsteller zugestellte Abweisung legte der Schuldner sofortige Beschwerde ein und das Landgericht München I hob daraufhin auch mit Beschluß v. 23. März 1905 (Beschw.-Reg. 169/05) obige Entscheidung samt der Klausel auf und erklärte die Zwangsvollstreckung aus der streitigen Hypothekurkunde für unzulässig, weil nach Samml. XIV 152 diese Urkunde seit der Löschung überhaupt keinen Vollstreckungstitel mehr bilde und nach § 732 CPO. auch eine nachträglich aus formellen Gründen ungültig gewordene Klausel beanstandet werden könne. Dagegen legte nunmehr der Gläubiger weitere Beschwerde mit der Begründung ein, daß die Kostenkautionseinrede nicht beachtet und der amtsgerichtliche Beschluß dem Gläubiger nicht zugestellt worden, sodaß dieser zwischen der Gegenerklärung zum Amtsgericht und der Zustellung des landgerichtlichen Beschlusses überhaupt nichts mehr von der Sache gehört habe; endlich weil das Oberste Landesgericht in der erwähnten Entscheidung nur ausgesprochen habe, daß nach Hypothek-löschung eine Zwangsvollstreckung nicht mehr „stattfinde", nicht aber, daß sie unzulässig sei. Wie wenig es sich hiebei um einen bloß formellen Einwand handle, zeige schon die Erwägung, daß der Notar von dem Erlöschen der Hypothek keine Kenntnis gehabt habe, sohin die Klausel gar nicht habe verweigern dürfen. Das Oberlandesgericht wies die weitere Beschwerde als unbegründet zurück, weil ein gesetzlicher Kostenkautionsfall (§ 110 CPO.) nicht gegeben sei, ein Anlaß zur Zustellung des erstinstanziellen Beschlusses an den Gläubiger nicht bestanden habe (RGE. XI 404) und das Landgericht die nachträgliche Löschung mit Recht dem § 732 CPO. unterstellt habe. (Beschluß vom 19. April 1905.)[1] N.

## Oberlandesgericht Bamberg.

**Kann ein Rechtsanwalt für den Antrag auf Anordnung der Rückgabe einer Kaution im Falle des § 715 CPO. eine besondere Gebühr nach § 24 Geb.O. f. RA. verlangen?**[2]) Das OLG. hat die Frage aus

---

[1]) Anmerkung des Einsenders. Die sachlich wohl begründete Entscheidung zeigt wiederum, mit welcher Vorsicht die Notare bei solchen Klauseln verfahren müssen, weil angesichts der bloß fakultativen Vorschrift des Art. 121 Abs. 5 SO., § 127 Abs. 2 ZBG. die Vorlegung des altrechtlichen Hypothekenbriefs keine Gewähr für den Fortbestand der Hypothek selbst bildet. Erfolgt die Erteilung der Rechtsnachfolgeklausel in unmittelbarem Anschluß an die Zessionsbeurkundung, so wird die allenfalls eingetretene Löschung dem Notar durch die nach Art. 30 Not.G. zu pflegende Buchseinsicht offenbar; § 91 Abs. 2 Not.Gesch.O. bezieht sich selbstverständlich nur auf neurechtliche Hypothekenbriefe. Liegt aber zwischen Zessionsbeurkundung und Klauselerteilung ein beträchtlicher Zeitraum (im obigen Falle etwa vier Jahre), so besteht für den Notar aller Anlaß, vor der Klauselerteilung das Hypothekenbuch einzusehen, damit nicht Vollstreckungen ermöglicht werden, die bei Angebung des Hypothekenamts selbst nach Art. 130 AG. z. CPO. von vorneherein durch Klauselweigerung vereitelt würden. Ergibt die Buchseinsicht, daß die Hypothek gelöscht ist, so ist nicht etwa nach Art. 28 Abs. 2, sondern nach Art. 16 Not.G. zu verfahren, weil Nichtigkeit in Frage steht. Nach Grundbuchsanlegung folgt übrigens die Notwendigkeit der Buchseinsicht schon aus Art. 166 Nr. XVI Abs. 2 AG. z. BGB., weil ja das Verfahren nach Art. 127 ff. AG. z. CPO. überhaupt nur für solche Hypotheken fortgilt, die nach Grundbuchanlegung noch fortbestehen. Dieser Fortbestand muß also von Amts wegen konstatiert werden.

[2]) Vgl. das in Nr. 5 dieser Zeitschrift S. 135 abgedruckte Erkenntnis des Oberlandesgerichts Nürnberg.

folgenden Gründen verneint: „Die Frage, ob der Rechtsanwalt für diesen Antrag eine besondere Gebühr verlangen kann, wenn er das dem Antrage zugrunde liegende Urteil für seine Partei erwirkt hat, ist sehr strittig. Für die Bejahung sprechen sich die Kommentare zur Rechtsanwaltsgebührenordnung von Willenbücher § 13 Nr. 3, Meyer-Jrmler § 13 II 3 und Walter-Joachim § 13 Nr. 18, § 24 Nr. 11, ferner Gaupp-Stein, Komm. z. CPO. 6. u. 7. Aufl., § 715 IV. und OLG. Köln in Rspr. Bd. 2 S. 270 aus. Dessen ungeachtet entscheidet sich das Beschwerdegericht für die Verneinung der Frage. Eine Gebühr kann von einem Anwalte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nur in jenen Fällen verlangt werden, in welchen sie ihm durch die Gebührenordnung für Rechtsanwälte zugesprochen ist. Für einen auf Grund des § 715 CPO. gestellten Antrag fehlt es an einer solchen Bestimmung, obwohl für einen auf Grund des § 109 CPO. auf Rückgabe einer Kaution an das Prozeßgericht gestellten Antrag durch § 30 Nr. 3 der Geb.O. und § 38 Nr. 9 des GKG. ausdrücklich eine Gebühr bewilligt ist und der Gesetzgeber auch für den auf § 715 gestützten Antrag eine Gebühr hätte zusprechen können. Daß das Gesetz dort, aber nicht hier eine Gebührenberechnung gestattet hat, ist nicht ungerechtfertigt. Ein gemäß § 109 gestellter Antrag bedarf der anwaltlichen Prüfung und Begründung, ob die Veranlassung für eine Sicherheit weggefallen ist, während der nach § 715 eingereichte Antrag lediglich die Beilegung eines Zeugnisses über die Rechtskraft des ursprünglich für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils nötig hat. Liegt dieses Zeugnis bei, so muß das Gericht dem Antrage stattgeben. So beschränkte sich auch der hier einschlägige klägerische Antrag auf Beilegung des Hinterlegungsscheines und des Zeugnisses über die Rechtskraft des Urteiles. In der Regel benützen Anwälte zu derartigen Anträgen gedruckte Formulare, wie auch die Fertigung durch das Kanzleipersonal zu geschehen pflegt. Das sind zwei Belege für die geringe, auf Fertigung dieser Anträge aufzuwendende Arbeit. Für den an die Gerichtsschreiberei auf Beisetzung der unbedingten Vollstreckungsklausel gerichteten Antrag darf der Anwalt unbestrittenermaßen keine Gebühr verrechnen; es ist nur folgerecht, daß für das sich diesem Antrage unmittelbar anschließende Gesuch um Kautionsrückgabe auch keine Gebühr verlangt werden darf. Es ist auch nicht richtig, daß der Antrag auf Kautionsrückgabe bereits außerhalb des Prozeßbetriebes liege, da dieser mit der Erwirkung des Urteils schließe. Die Partei will durch den von ihr aufgestellten Anwalt nicht ein Urteil, sondern ein vollstreckbares Urteil erwirken. Erst mit der Erlangung eines solchen Urteils, wenn die Sachvertretung nicht wegen Einlegung eines Rechtsmittels an einen anderen Anwalt abgegeben werden muß, schließt die Prozeßtätigkeit des Anwalts; seine frühere gehört also zur Instanz. Der § 47 Ziff. 1 mit 11 GKG. im Zusammenhalte mit § 29 Geb.O gibt nur Beispiele zur Lösung der Frage, was zur Instanz gehört. Die in Ziff. 10 und 11 behandelten Tätigkeiten des Anwalts fallen überdies in die Zeit nach Erlassung des Urteils. Aus der Verpflichtung des Prozeßanwalts, dem Urteile nach dem Eintritt der Rechtskraft die unbedingte Vollstreckungsklausel beisetzen zu lassen, ergibt sich auch jene, zu bewirken, daß an die Partei die nun überflüssig gewordene Kaution zurückgelangt." (Beschl. I. C.-S. vom 2. März 1905. Beschw.Reg. 29/05.)

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Schäfer in Bamberg.

## Landgericht München I.

**Ueber die Offizialprüfung des Grundbuchamts, insbesondere mit Rücksicht auf die güterrechtlichen Verhältnisse und über die Anwendung des § 89 der Geschäftsordnung für die Notariate.** In der Urkunde des Notariats M. III vom 10. März 1905 bestellte G. auf einem auf seinen Namen im Hypothekenbuch vorgetragenen Grundstück eine Darlehenshypothek. Das Hypothekenamt vollzog den Hypothekeintrag am 13. März 1905 nur vormerkungsweise, weil in der Urkunde nicht festgestellt war, ob der Hypothekbesteller ledig oder verheiratet sei und in welchem Güterrecht er im letzteren Fall lebe. In der notariellen Nachtragsurkunde vom 11. Mai 1905 beantragte der Hypothekbesteller den endgültigen Vollzug der Urkunde und führte an, daß er verheiratet sei und mit seiner Ehefrau in vertragsmäßiger Gütertrennung lebe. Das Grundbuchamt lehnte mit Beschluß vom 13. Mai 1905 bis zur Erbringung des Nachweises, daß zwischen dem Hypothekbesteller und seiner Ehefrau Gütertrennung besteht, den endgültigen Vollzug ab. Auf die Beschwerde des G. wies das Landgericht München I (I. Zivilkammer) mit Beschluß v. 7. Juni 1905 — Beschw.Reg. Nr. 339/05 — das Grundbuchamt an, die Urkunde endgültig zu vollziehen.

Aus den Gründen: Das Grundbuchamt hat das Verfügungsrecht der bei der Eintragung Beteiligten von Amts wegen zu prüfen. In den Rahmen dieser Prüfung fallen insbesondere die aus dem ehelichen Güterrecht sich ergebenden Rechtsverhältnisse und Vollzugshindernisse. Dabei hat der Grundbuchrichter die Rechte der Eheleute nach dem bisherigen eingetragenen Güterstand, in Ermanglung einer Eintragung oder eines anderweiten Nachweises nach dem gesetzlichen Güterstand der Verwaltung und Nutznießung zu beurteilen. (Oberneck, Reichsgrundbuchr. III. Aufl. 1904 Bd. I S. 167 u. Bd. II S. 37, Oberst. Landesg. in CS. NF. Bd. 4 S. 860, Rspr. d. OLG. Bd. 1 S. 382, Bd. 5 S. 5 u. Bd. 6 S. 102, 285.) Die Bestimmungen in §§ 34 u. 35 GBO. — § 152 ff. D.A. — beschäftigen sich nur mit der Frage, wie der Nachweis des güterrechtlichen Verhältnisses zu führen sei, nicht aber auch damit, wann es dieses Nachweises bedarf. (Willenbücher, Liegenschaftsr. 1904 S. 335.) Im gegebenen Falle entspricht die Urkunde vom 11. Mai 1905 an sich den Erfordernissen des § 89 der GO. für die Notariate. Der in der Regel erforderlichen Anfrage bei den Beteiligten über den bestehenden ehelichen Güterstand hat der Notar nach dem Inhalte der Urkunde genügt. Irgendwelche Anhaltspunkte, daß der Hypothekbesteller mit seiner Frau in Gütergemeinschaft lebt, liegen nicht vor. Das zu belastende Grundstück steht auf seinen Namen allein. Weder im gesetzlichen Güterstand der Verwaltung und Nutznießung noch im Güterstande der Gütertrennung ist der Ehemann bei der Verfügung über sein Vermögen an die Zustimmung der Frau gebunden. Das Grundbuchamt hat daher im gegebenen Falle keine Veranlassung, über den Inhalt der Notariatsurkunde hinaus die Vorlegung des Ehevertrags auf Gütertrennung zu verlangen. Diese würde die Rechtslage nicht verändern. Denn die Urkunde bleibt nach dieser Vorlegung ebenso vollzugsfähig wie jetzt. Es sind deshalb die Voraussetzungen zum endgültigen Vollzug gegeben.

Mitgeteilt von Landgerichtsrat Karl Meyer in München.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, II. Staatsanwalt im K. Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.



Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.



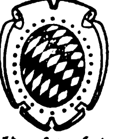
Nr. 14. München, den 15. Juli 1905. 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).



Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum, Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.



## Bemerkungen zur Civilprozeßnovelle vom 5. Juni 1905.[1]

Von Landgerichtsrat **Neumiller** in München.

Durch die Verkündigung des obigen Gesetzes haben die seit etwa zehn Jahren dauernden Bestrebungen auf Entlastung des Reichsgerichts nach wechselvollen parlamentarischen Schicksalen ihren — wie man hoffen darf — erfolgreichen Abschluß gefunden. Darüber bestand ja kein Streit, daß die Geschäftslage des Reichsgerichts trotz Errichtung des VII. Zivilsenats im Jahre 1899 neuerlich derart bedenklich geworden ist, daß Abhilfe erfolgen muß, soll nicht ein völliges Versagen der letztinstanziellen Zivilrechtsprechung eintreten.[2] Auch die vorgeschlagenen und nunmehr Gesetz gewordenen „kleinen" und „großen Mittel" sind als tauglich und durchgreifend von der großen Mehrheit der Volksvertretung anerkannt worden.[3] Der Widerstand richtete sich ja im wesentlichen gerade gegen die nach der Meinung der Minderheit zu einschneidende Wirkung der Novelle, insbesondere gegen die Erhöhung der Revisionssumme. Jetzt, nachdem die Würfel gefallen sind, tritt an die Praktiker die Notwendigkeit heran, sich mit dem Gesetz einzurichten, das gar bald seine Geltung äußern wird. Zwar ist sein Umfang nicht sehr beträchtlich. Neunzehn Paragraphen sind darin aufgeführt, darunter befinden sich zwei Neueinschaltungen, nämlich §§ 553a und 554a [1]); die übrigen siebzehn enthalten Aenderungen und Umstellungen. Dreizehn Paragraphen betreffen die Revision, fünf die Beschwerde, einer die Zwangsvollstreckung. Die Wirkungen für die Praxis und die Schwierigkeiten der Anwendung dürfen jedoch nicht nach diesem verhältnismäßig bescheidenen Umfange eingeschätzt werden. Allerdings wird das Verfahren vor den Amtsgerichten und Landgerichten unmittelbar nicht berührt; mittelbar aber wird sich die Beschränkung des Instanzenzugs schon bei der landgerichtlichen Judikatur bemerklich machen. Hinsichtlich der Oberlandesgerichte, des Reichsgerichts und des Bayerischen Obersten Landesgerichts dagegen enthält die Novelle, ganz abgesehen von der bislang allein die Erörterungen beherrschenden Revisionssumme, noch weitere einschneidende und insbesondere für die tägliche anwaltschaftliche Praxis wichtige Verfahrensänderungen, die in den folgenden Bemerkungen kurz Erörterung finden sollen.

### I. Revision.

Hier gipfelt die Entlastung in Maßnahmen, die sowohl die Voraussetzungen wie das Verfahren ändern.

Anlangend die Voraussetzungen, so steht in vorderster Reihe die E r h ö h u n g d e r R e v i s i o n s s u m m e von 1500 auf 2500 Mark, gleichgültig ob die vorangegangenen Instanzurteile konform oder difform sind. Man kann hier den Mittelweg der Kommission gewiß nur billigen, wenn man erwägt, welche Fülle neuer formeller Streitfragen durch das Difformitätsprinzip des Entwurfs in das Verfahren hereingebracht worden wäre. Auch die Erhöhung auf nur 2500 Mark (statt 3000) wird nach den statistischen Beigaben des Kommissionsberichts zwischen 30 und 40 % der bisher noch revisiblen Urteile der Bayerischen Oberlandesgerichte unanfechtbar machen.[2])

---

[1]) Der Entwurf nebst Begründung ist abgedruckt in den Aktenstücken zu den Verh. des Reichstags 1903/5 (11. Leg.P. I. Sess.) Nr. 415; der Kommissionsbericht ebendort Nr. 782. Die Verhandlungen des Reichstags finden sich in den StB. S. 5999, 6030, 6050, 6070, 6076, 6130.

[2]) Von Ende 1899 (am 1. Mai Errichtung des VII. Zivilsenats) bis Ende 1904 sind gestiegen: die Revisionen von 2645 auf 4078, die Beschwerden von 1389 auf 2259, die Armenrechtsgesuche von 862 auf 1514, die unerledigt gebliebenen Sachen von 851 auf 2223. Die Verhandlungstermine werden dermalen auf etwa 10 Monate hinausgesetzt.

[3]) Auch nach Verabschiedung der Novelle sind die Materialien noch von großem Interesse, insbesondere die Spezialstatistiken über die Zahl der Revisionen in den einzelnen Materien und die abgelehnten Entlastungsvorschläge. Letztere werden wohl bei der allgemeinen Zivilprozeßreform wiederkehren.

[1]) Damit treten in der endgültigen Zitierung der CPO. zum erstenmal Buchstabenzusätze auf.

[2]) Für das Reich stellt sich der Prozentsatz beträcht-

Andererseits bleiben nicht vermögensrechtliche Sachen nach wie vor schlechthin revisibel und selbstverständlich kann bei Prozessen vermögensrechtlicher Natur durch Erhöhung des eingeklagten Teilbetrags, ferner bei Anträgen ohne fixe Geldsumme durch Glaubhaftmachung eines Streitwerts über 2500 Mk. statt wie jetzt üblich nur knapp über 1500 Mk. die Revisionsfähigkeit erhalten bleiben.

Die Streitwertsangabe ist nach § 554 Abs. 4 nunmehr erst mit der Revisionsbegründung vorgesehen; mangels letzterer ist die Revision ohnehin als unzulässig zu verwerfen.

Eine weitere Aenderung in den Voraussetzungen der Revision betrifft die Behandlung der Zuständigkeit. Durch die Einschaltung des Wortes „sachliche“ im § 547 Abs. 1 wurde die Bemängelung der örtlichen Zuständigkeit bei vermögensrechtlichen Prozessen zunächst der Revisionssumme unterworfen. Durch den neuen Abs. 2 des § 549 aber ist ferner die Bejahung der örtlichen Zuständigkeit überhaupt unanfechtbar gemacht worden. Revisibel ist also bei vorhandener Revisionssumme noch die Verneinung der örtlichen Zuständigkeit geblieben.[1]) Im Zusammenhange damit wurde der Zusatz der Novelle von 1898 im § 566: „über die Prüfung der Zuständigkeit des Gerichts“ gestrichen. Demnach ist § 528 Abs. 1 Satz 2 auf die Revisionsinstanz nicht mehr anwendbar; es gelten also in letzterer neben den Sondervorschriften der Entlastungsnovelle die erstinstanziellen Vorschriften wieder, wie vor 1898. Soweit eine Revision aus § 549 Abs. 2 zu beanstanden ist, wird sie wohl, ebenso wie beim Fehlen der Voraussetzungen des Abs. 1 „unbegründet“, nicht „unzulässig“ sein, wenn nicht ein sonstiger Unzulässigkeitsgrund mitunterläuft. Ueber die aus dem Begründungszwang fließende Beschränkung der Unzuständigkeitsrüge ist bei diesem zu handeln.

Im Bereiche des Revisionsverfahrens ist die Einlegungsform geändert, der Begründungszwang eingeführt und der Verwerfungsbeschluß zugelassen. Diese Neuerungen gelten für Rechtsstreite aller Art.

Die Einlegung geschieht nunmehr (§ 553 Abs. 1) durch Einreichung des Revisionsschriftsatzes beim Revisionsgericht (nicht beim Berufungsgericht); damit ist die Revisionsfrist gewahrt, also auch die Einstellung der Vollstreckung wirksam möglich. Andererseits sind dadurch auf die Fristwahrung

lich niedriger, wohl unter 30 %. Ueber 50 % der oberlandesgerichtlichen Urteile in vermögensrechtlichen Sachen sind ohnehin schon durch den ursprünglichen Wortlaut der CPO. irrevisibel.

[1]) Die gemischte Zuständigkeit, z. B. des „Prozeßgerichts“, bleibt schlechthin revisibel. Man hielt die Streitigkeiten über die örtliche Zuständigkeit für wenig beachtlich, dagegen die sachlichen Zuständigkeitsstreite insbesondere zwischen ordentlichen und Gewerbegerichten (Kaufmannsgerichten) für wichtig. Auch die Unzulässigkeit der Berufung ist gegen den Entwurf absoluter Revisionsgrund geblieben.

alle diejenigen Präjudizien anwendbar geworden, die hinsichtlich der Beschwerdeschrift betreffs der Unterzeichnung durch einen zugelassenen Anwalt,[1]) der Einbringung in den gerichtlichen Gewahrsam,[2]) die Zulässigkeit telegraphischer Einlegung[3]) und der Aufbewahrung der Urschrift beim Revisionsgericht ergangen sind. Wesentlich ist nur mehr die Urteilsbezeichnung und die Erklärung, daß hiergegen Revision eingelegt werde; Ladung und Aufforderung zur Anwaltsbestellung entfällt.

Der sonstige Inhalt eines vorbereitenden Schriftsatzes ist nur fakultativ (§ 553 Abs. 2). Mit der Revisionsschrift soll künftig neben den zur Zustellung an die Gegenpartei erforderlichen beglaubigten Abschriften nicht nur eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des angefochtenen Urteils, sondern auch der Nachweis seiner Zustellung vorgelegt werden. Damit soll die Vorprüfung der Zulässigkeit erleichtert werden. Ein Zwang ist jedoch nicht vorgesehen. Dieser Zustellungsnachweis hat also anders wie bei der Berufung beim Revisionsgericht zu verbleiben. Für die Beglaubigung der Revisionsabschriften gilt § 170 Abs. 2, nicht § 210; das Urteil kann auch von dem für die Zustellungsbeglaubigung zuständigen Beamten oder Anwalt beglaubigt sein.[4])

Nach Eingang der Revisionsschrift werden die Akten der Vorinstanz eingefordert (§§ 566, 544) und die Revisionsschrift der Gegenpartei von Amts wegen zugestellt; hiebei muß § 179 Anwendung finden.[5]) Eine Terminsbestimmung oder Fristsetzung zur Gegenerklärung findet dabei nicht statt; die Anschließungsfrist ist im Gesetze selbst bestimmt.

Die Revisionsbegründung ist aus der fakultativen Gestaltung des bisherigen § 554 unter Anlehnung an dessen Wortlaut obligatorisch geworden, also zu einem Element der Zulässigkeit des Rechtsmittels, wie im Strafprozeß (§§ 554a CPO., 386 StPO.). Sie kann bereits in der Revisionsschrift selbst enthalten sein, jedenfalls aber muß sie binnen der Begründungsfrist, nämlich binnen eines Monats seit Ablauf der Revisions-

[1]) E. 46, 375.

[2]) ESt. 10, 74; 22, 124; 31, 6 und 19; Jur. Wschr. 1903 S. 135, 177, 409; 1904, 211; 1905, 52. — Entsch. des BOLG. in StS. n. F. 3, 234. — Aut.JME. Nr. 12446 vom 20. März 1903. Das Reichsgericht hält den Gerichtsschreiber auch in seiner Privatwohnung für empfangsberechtigt, aber nicht verpflichtet; die Bayerischen Vorschriften bestehen auf Einreichung im Dienstraume.

[3]) E. 44, 369; ESt. 8, 92.

[4]) Da hienach Urteilszustellung und Revisionseinlegung nicht mehr zusammenfallen können, ist Satz 1 des Abs. 2 des § 552 gestrichen. Die Revisionsrücknahme außerhalb mündlicher Verhandlung erfolgt wie bisher durch Zustellung (§§ 515, 566 CPO; vgl. Jur. Wschr. 85,6). Auch die Urteilsform des § 515 Abs. 3 ist geblieben. Dagegen kann als Form für die Wiedereinsetzung nur mehr die Einreichung in Betracht kommen (§§ 236, 238), wie dies schon bisher allgemein zu § 7 EG. z. CPO. angenommen wurde.

[5]) Vgl. § 8 Abs. 2 EG. z. CPO.

frist [1]) von einem beim Revisionsgericht zugelassenen Anwalt unterschrieben, beim letztgenannten Gerichte eingereicht werden. Diese Frist ist keine Notfrist, kann aber durch Parteivereinbarung gleichwohl nicht verlängert werden (Abs. 2 Satz 2). Verkürzung könnte also nach § 224 Abs. 1 wohl vereinbart werden, dies wird aber praktisch kaum jemals geschehen. Abänderung der Begründungsfrist durch das Gericht könnte nach § 224 Abs. 2 nur dann erfolgen, wenn dies im Gesetze besonders bestimmt wäre. Sieht man die Begründungsfrist als eine Vorbereitungszwischenfrist nach § 226 Abs. 1 an, so wäre Abkürzung durch das Revisionsgericht ebenso denkbar, wie Kürzung der Einlassungsfrist; praktisch wird beides kaum vorkommen. Verlängerung ist aber schlechthin ausgeschlossen und da auch die Wiedereinsetzung versagt, so liegt hier eine erhebliche Gefahr, weniger für den Revisionskläger, der ja acht Wochen für sich hat, als für die Anschließung, besonders bei Verzögerung der Revisionseinlegung bis zu den letzten Fristtagen. Während der Ferien läuft die Begründungsfrist im Gegensatz zur Einlegungsfrist nicht. [2]) Auch auf die Revisionsbegründung finden die allgemeinen Vorschriften über die vorbereitenden Schriftsätze und die instruktionelle Bestimmung über Beigabe der für die Zustellung von Amts wegen nötigen beglaubigten Abschriften Anwendung (Abs. 5).

Der Begründungszwang ist nach seiner negativen Seite nur hinsichtlich der Prozeßrügen vollständig durchgeführt; nur insoweit sind also nicht vorgebrachte oder verspätet geltend gemachte Revisionsgründe unbeachtlich und auch nicht von Amts wegen zu berücksichtigen. „Sonstige", also materiellrechtliche Rügen können nach wie vor innerhalb des Umfangs der Sachanträge von Amts wegen berücksichtigt werden (§ 559) und sohin auch ohne jede Rüge zur Urteilsaufhebung führen. Dem Anwalt kann insoweit auch die „Anregung" materiellrechtlicher Anstände noch in der mündlichen Verhandlung nicht versagt werden (StB. S. 6089).

Die Erweiterung oder Beschränkung der Anträge unterliegt eben aus dem letztgenannten Grunde einer Präklusion durch die Begründungsfrist nicht. Ergänzung oder Aenderung der Begründung ist ebenfalls möglich, aber nur bis zum Ablaufe der Begründungsfrist. „Zurückziehen" der Begründung innerhalb der Frist ohne anderweitigen Ersatz wird Unzulässigkeit bewirken. Die Formulierung der Revisionsgründe nähert sich nunmehr dem Strafprozesse und hier wird zweifellos der Entlastung wenigstens für die erste Zeit der Gesetzesanwendung eine erhebliche Belastung durch Herausarbeitung der formellen Grundsätze gegenüberstehen. [1]) Angegeben muß werden die Rechtsnorm, welche nicht oder nicht richtig angewendet sein soll (§ 554 Abs. 3 Nr. 2 litt. a); das kann sowohl durch Anführung des Gesetzesparagraphen sei es nach seiner Ziffer oder seinem Inhalt, oder durch Bezeichnung der Grundsätze geschehen, die sich aus dem Sinn und Zusammenhang ergeben (ESt. 6, 237). Sodann müssen aber die Prozeßrügen auch die Tatsachen anführen, welche den gerügten Prozeßfehler ergeben und wenn gesetzwidrige Feststellung, Uebergehung oder Vorbringung von Tatsachen behauptet wird, auch die Bezeichnung dieser letzteren Tatsachen (Abs. 3 Nr. 2 litt. b, c). Was nicht in dieser Weise fristzeitig und formgerecht gerügt ist, bleibt hinsichtlich des Verfahrens unbeachtet, und mag der Prozeßfehler noch so kraß und für das Urteil kausal gewesen sein (vgl. z. B. § 551), wenn nur die Entscheidung selbst materiell richtig ist. Es kann also die Revision auf einen einzigen in Wirklichkeit nicht vorhandenen Prozeßfehler gestützt und dann wegen eines materiellen Fehlers das Urteil auf Grund der Nachprüfung von Amts wegen aufgehoben werden. Aber ohne wenigstens eine formell richtig und fristzeitig dargelegte Rüge des Verfahrens oder materiellen Rechts kommt es nunmehr überhaupt nicht mehr zur Nachprüfung; vielmehr wird solchenfalls das Rechtsmittel als unzulässig verworfen.

Die Verwerfung der unzulässig befundenen Revision durch Beschluß statt Urteil ist in Anlehnung an den Strafprozeß durch § 554 a fakultativ eingeführt. Ob die Fassung des Abs. 2 vorgängige fakultative mündliche Verhandlung schlechthin ausschließt, mag zweifelhaft sein; praktischen Wert hat der Zweifel nicht. Erhebungen aller Art, insbesondere Einforderung urkundlicher Behelfe, sind selbstverständlich zulässig. [2]) Beifügung von Gründen ist nicht ausdrücklich vorgesehen, aber selbstverständlich.

Eine Zwischenfrist für den Verwerfungsbeschluß besteht nicht. Aus der Stellung des § 554 a hinter 554 wird man kaum darauf schließen dürfen, daß ein Verwerfungsbeschluß vor Zustellung der Revisionsschrift an den Gegner oder vor Ablauf der Revisionsfrist nicht zulässig sein sollte, wenn der Mangel, z. B. Fehlen der Urteilsbezeichnung, Anwaltsunterschrift, Zustellungsverstoß beim Urteil bereits klar zu Tage liegt. Man wird sich in

[1]) Da die Revisionsfrist stets um Mitternacht ausläuft, so schließt sich die Begründungsfrist unmittelbar an (§ 187 Abs. 2 BGB.). Beachtlich ist aber, daß beide Fristen an einem Sonn- oder Feiertag nicht enden (§ 200 Abs. 2 CPO.).

[2]) Die Frist wurde bei der 2. Lesung ihrer Eigenschaft als Notfrist deshalb entkleidet, damit nicht während der Ferien Substituten die Begründung machen müssen.

[1]) Der Begründungszwang ist erst durch die Kommission beigefügt, welche damit raschere Information und Rücknahme unbegründbarer Revisionen sowie besseren Ueberblick über den Sachumfang erhoffte. Die Minderheit wies ohne Erfolg auf die zu befürchtende formale Kumulierung von Gesetzesstellen und die Grenzstreitfragen zwischen Prozeß- und sonstigem Recht hin, z. B. hinsichtlich der Beweislast.

[2]) Hierher gehört insbesondere die Einforderung der etwaigen früheren Urteilszustellung seitens des Revisionsbeklagten, wenn die Akten die Erteilung einer Urteilsausfertigung der zweiten Instanz an ihn ergeben.

diesem Punkte unbedenklich der Strafprozeßpraxis anschließen dürfen. Dem Revisionskläger wie dem Gegner kann damit nur gedient sein und die Anschließung fällt ohnehin mit der Unzulässigkeit der Hauptrevision. Auch formelle Mängel der Begründungsschrift, Verzicht nach Urteilserlassung machen die Revision unzulässig und können die Grundlage eines Verwerfungsbeschlusses bilden, nicht aber materielle Grundlosigkeit der formell einwandfreien Rügen. Gegen den Verwerfungsbeschluß gibt es keinerlei Rechtsbehelf; auch von Amts wegen kann er nicht geändert werden. Ein Teilbeschluß ist, wenn überhaupt zulässig, jedenfalls nicht praktisch. Ein förmlicher Zulassungsbeschluß ergeht nicht; erachtet das Revisionsgericht die Unzulässigkeit nicht für gegeben, so wird der Verhandlungstermin nach § 555 von Amts wegen angesetzt und den Parteien gemäß § 179 von Amts wegen bekanntgegeben, wobei die Einlassungsfrist zu wahren ist.[1]) Bei der mündlichen Verhandlung kann das Revisionsgericht trotzdem durch Urteil das Rechtsmittel als unzulässig verwerfen, da Abs. 1 des § 554 a auch weiterhin fortgilt.

Eine Ermäßigung der Entscheidungsgebühr für den Verwerfungsbeschluß ist nicht vorgesehen; mittelbar wird allerdings das Verfahren durch Wegfall der mündlichen Verhandlung erheblich verbilligt.

Da nunmehr im Abs. 1 des § 554 a sachlich der § 535 wiedergegeben ist, wurde die Bezugnahme im § 566 gestrichen. Die Aenderungen des Einlegungs- und Begründungsverfahrens haben auch zu einer umfassenden Umgestaltung der Anschließung geführt (§ 556). Diese ist nur mehr zulässig bis zum Ablauf der Begründungsfrist der Hauptrevision, also nicht mehr in der mündlichen Verhandlung. Sie erfolgt durch Schriftsatzeinreichung, der zugleich die Elemente der Revision (§ 553) und die revisionsmäßige Begründung enthalten muß.[2]) Auch ihr sind behufs Zustellung von Amts wegen die nötigen beglaubigten Abschriften beizugeben und wenn die Anschließung unzulässig ist, so kann sie, und zwar auch allein, durch Beschluß verworfen werden. Selbständig ist die Anschließung unbeschadet der Revisionssumme nur mehr, wenn sie während der Hauptrevisionsfrist eingereicht wird; § 521 Abs. 2 und 522 sind anwendbar geblieben.

Endlich sind noch zufolge Abänderung des § 708 Nr. 3 alle Versäumnisurteile des Revisionsgerichts von Amts wegen für vorläufig vollstreckbar zu erklären, also gleichgültig, ob gegen den Revisionskläger oder Revisionsbeklagten ergangen, ob erstes oder zweites, verwerfendes oder aufhebendes Urteil. Damit sollen böswillige Verschleppungen hintangehalten werden. Der Einspruch ist zulässig geblieben, die Versäumnisurteile werden aber durch die Einführung des Begründungszwangs und Verwerfungsbeschlusses ohnehin weniger werden.

[1]) Bis zum Termin müssen also regelmäßig drei Fristen (1 Monat + 1 Monat + 2 Wochen) verstrichen sein.

[2]) Nachträge und Aenderungen der Begründung sind dem Anschlußkläger noch bis zum wirklichen Ablauf der Begründungsfrist gestattet (StB. S. 6136).

### II. Beschwerde.[1])

Hier lassen sich die Aenderungen kurz dahin zusammenfassen, daß Prozeßkostenbeschwerden an das Reichsgericht auch als erste Beschwerdeinstanz schlechthin unzulässig erklärt sind (§ 567 Abs. 2), gegen sonstige oberlandesgerichtliche Entscheidungen eine weitere Beschwerde nicht mehr stattfindet (§ 568 Abs. 4)[2]) ferner, daß die Beschwerde gegen oberlandesgerichtliche Entscheidungen, soweit hiernach überhaupt noch zulässig und ohne Anwaltszwang möglich, formalisiert ist (§ 569 Abs. 2) und über deren Zulässigkeit vorbehaltlich des Anrufungsrechts der letzten Instanz das Oberlandesgericht selbst entscheidet (§ 574 Abs. 2), weshalb auch die Einreichung nur dort zu erfolgen hat (§ 577 Abs. 2). Einer Besprechung bedürfen bloß die beiden letztgenannten Aenderungen.

Die Formalisierung geht dahin, daß in teilweiser Anlehnung an § 11 FG. und § 385 Abs. 2 StPO. die Beschwerdeeinlegung entweder zum Protokoll des Gerichtsschreibers des Oberlandesgerichts oder durch Einreichung einer zum Protokolle des Gerichtsschreibers eines Amtsgerichts erklärten oder von einem Rechtsanwalt unterzeichneten Beschwerdeschrift geschieht.[3]) Damit soll das Reichsgericht vor weitschweifigen, konfusen und unzulässigen privatschriftlichen Beschwerden der Parteien selbst z. B. in Armenrechtssachen, bewahrt werden.[4])

Die Prüfung der Zulässigkeit seitens des Oberlandesgerichts selbst umfaßt sämtliche Beschwerden und erfolgt in vollem Umfange, nicht nur hinsichtlich Frist oder Form. Hier muß nach der Fassung des Gesetzes auch die Feststellung der Zulässigkeit beschlußmäßig ausgesprochen werden und das Reichsgericht binden, ohne daß hiergegen ein Rechtsbehelf gegeben wäre.[5]) Nur wenn die

[1]) Beim Reichsgericht bezifferten im Jahre 1903 die Beschwerden insgesamt 1936; darunter waren 714 weitere und außerdem 148 Prozeßkostenbeschwerden. Die Entlastung wird hier also beinahe die Hälfte betragen. Auf revisible Sachen ist die Beschwerde grundsätzlich nicht beschränkt.

[2]) Im Beschwerdeverfahren kann also das Reichsgericht weder IV. noch III. Instanz mehr sein.

[3]) Wegen der Vollmacht vgl. ESt. 6, 81; bloße Beglaubigung oder Protest gegen den Inhalt erfüllt die Form nicht (ESt. 19, 95; 20, 42; 21, 159). Kosten: § 5 RAGO. — Uebersendung seitens der Gerichtsschreiberei des Amtsgerichts an das zuständige Oberlandesgericht: § 2 AGSchrG. Der Gerichtsschreiber des Landgerichts ist ebenso ausgeschaltet wie der Notar.

[4]) Gegen privatschriftliche Armenrechtsgesuche für die Revisionsinstanz selbst ist das Reichsgericht dadurch nicht geschützt.

[5]) Die Begründung (S. 2420) spricht freilich davon, daß die Prüfung „zunächst“ den Oberlandesgerichten

Beschwerde als unzulässig verworfen ist, steht dem Beschwerdeführer in teilweiser Analogie zu § 386 Abs. 2 StPO. das Recht zu, hiergegen das Beschwerdegericht anzurufen und zwar binnen der Notfrist von einer Woche von der Zustellung an. Der Antrag auf Entscheidung durch das Beschwerdegericht folgt den gleichen formellen Regeln wie die Beschwerde selbst (Begr. S. 2420); besondere Kostenvorschriften hierfür bestehen nicht. Nach fruchtlosem Ablauf der Notfrist wird der Verwerfungsbeschluß rechtskräftig (ESt. 37, 292); seine Abänderung durch das Oberlandesgericht selbst ist unzulässig. Ueber die Wiedereinsetzung gegen den Ablauf der Anrufungsfrist entscheidet das Reichsgericht.

### III. Verweisungen und Uebergang.

Nach Art. II der Entlastungsnovelle treten deren Vorschriften hinsichtlich reichsgesetzlicher Verweisungen an Stelle des früheren Textes der CPO. Solche Verweisungen finden sich z. B. hinsichtlich der Revision in den §§ 27 FG., 78 GBO., hinsichtlich der Beschwerde in den §§ 4, 16, 47, 48 GKG., 17 ZSGO., 12 RAGO., 60, BGB., 42, 55, 66 GewGG., 16, 17 KaufmGG., 73 KO., 96 ZwVG., 35, 36 RAO., 41 ff. KonsGG., 3 SchutzGG., 112 GenG. Das GVG. enthält keine einschlägige Verweisung auf die CPO., insbesondere auch nicht im § 160.

Soweit in Landesgesetzen derartige Verweisungen vorkommen, bleibt für sie — im Gegensatz zu § 1 Abs. 2 des Ermächtigungs-G. vom 17. Mai 1898 — der frühere Text der CPO. maßgebend, was insbesondere für die Beschwerde von Wichtigkeit ist. Ob die Verweisung auf die CPO. direkt oder indirekt lautet, muß gleichgültig sein. Derartige landesrechtliche Verweisungen enthält z. B. das AG. z. GVG. Art. 73 (vgl. § 59 RAO.), die VO. vom 22. September 1879 (GVBl. S. 1233), Gebühren der Zeugen und Sachverständigen betreffend, ferner Art. 39, 49 GebG. In diesem Punkte ist die Rechtslage ganz gleich derjenigen nach Erlassung der Novelle zum GKG. vom 29. Juni 1881; vgl. die MB. vom 16. Juli 1881 (JMBl. S. 323) und Art. 1 des Ges. vom 29. Mai 1886 (GVBl. S. 259).

Nicht kraft Verweisung, sondern unmittelbar (§ 3 EG. z. CPO.) anzuwenden sind die neuen Revisions- und Beschwerdevorschriften auf die Rheinschiffahrtsgerichte, sowie auf die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vor dem Bayerischen Obersten Landesgerichte, soweit nicht die Spezialvorschriften der §§ 7, 8 EG. z. CPO. entgegenstehen. Es ist also auch hier eine erhebliche Beschränkung der Revisionen und Beschwerden eingetreten, obwohl bei letzterem Gerichte die Notwendigkeit der Entlastung nicht vorlag.[1])

Das Einlegungsverfahren der Novelle ähnelt den seit 1879 ohnehin bereits beim Obersten Landesgerichte bestehenden Vorschriften hinsichtlich der Fristwahrung durch Einreichung und der Zustellung von Amts wegen an die Gegenpartei. Verschiedenheiten bestehen mangels Abänderung des § 7 EG. nunmehr hinsichtlich der Beifügung beglaubigter Abschriften der Revisionsschrift und des Nachweises der Urteilszustellung. Angesichts des Zwecks insbesondere letzterer Vorschrift wird man sie auch für die beim Obersten Landesgericht einzureichenden Revisionen für anwendbar erachten müssen. Die Erlassung des Verwerfungsbeschlusses steht nur dem in der Sache selbst zuständigen Revisionsgerichte zu. Sie kann also vor der Entscheidung über die Zuständigkeit nicht erfolgen. Wohl aber wird jetzt das Oberste Landgericht, wenn es sich für zuständig erklärt, mit dem Zuständigkeitsbeschluß sofort den Verwerfungsbeschluß verbinden können. Erheblichere Verwicklungen ergeben sich aus der Einführung des Begründungszwangs und der Neugestaltung der Anschließung in Verbindung mit dem Anwaltszwang. Das bisherige Verfahren hinsichtlich der Zuständigkeitsfeststellung zwischen Reichsgericht und Oberstem Landesgericht ist offenbar darauf zugeschnitten, daß die Revisionsbegründung und Beantwortung wie überhaupt die endgültige Aufstellung der Prozeßbevollmächtigten erst nach der Entscheidung des BOLG. über die Zuständigkeit und nach der Terminsbekanntgabe erfolgt. Für die Bestimmung der Zuständigkeit ist nur der Inhalt der Klage und Widerklage entscheidend, das Revisionsvorbringen aber gleichgültig; deshalb kann auch die Revision von jedem Anwalt an einem Landgerichte oder Oberlandesgerichte gültig eingelegt werden und will § 8 EG. z. CPO. die Kosten doppelter Anwaltsbestellung ersparen, zumal die Parteien bisher erst durch die Zustellung des Zuständigkeitsbeschlusses samt der Revisionsschrift von der Rechtsmitteleinlegung Kenntnis erhielten und davon erfuhren, welches Gericht zuständig, welche Anwälte sohin wählbar sind. Nunmehr aber liegt die Sache gerade umgekehrt; die Novelle läßt erst dann Termin bestimmen, wenn die Begründungs- und damit auch die Anschlußfrist abgelaufen ist und die Zulässigkeit des Rechtsmittels vorläufig feststeht. Gesetzt nun der Fall, die Revision wird in den letzten Tagen der Frist eingelegt; bis die Akten eingegangen und geprüft sind und bis der Zuständigkeitsbeschluß erlassen ist, vergehen leicht 8 bis 14 Tage, damit ist aber bereits die Hälfte der Begründungs- und der Anschließungsfrist unwiederbringlich verstrichen, zumal wenn die Entscheidung

obliegt. Allein der Gesetzestext enthält hierüber nichts, ist vielmehr ganz allgemein gefaßt und stellt sich sohin als Ausnahme von Abs. 1 dar. Auch über die Wiedereinsetzung entscheidet hienach das Oberlandesgericht.

[1]) Durch die Erweiterung der schöffengerichtlichen Zuständigkeit erhält allerdings der Strafsenat einen Zuwachs an Revisionen. — Für die Rheinschiffahrtsgerichte kommen praktisch nur die neuen Beschwerdevorschriften in Betracht.

auf Abgabe an das Reichsgericht lautet. Es weist daher das Gebot vorsichtiger Prozeßführung gebieterisch darauf hin, schon von vorneherein den Bayerischen Revisionen gleich bei der Einlegung eine wenigstens die formale Zulässigkeit deckende Begründung beizugeben und auch die Anschließungsschrift tunlichst bald samt Begründung beim Obersten Landesgericht einzureichen, da nach Erlassung des Zuständigkeitsbeschlusses inzwischen erst neuerliche Anwaltsbestellung und Information erforderlich würde. Damit gerät die Begründung allerdings beiderseits in die Hände von Anwälten, die am Revisionsgericht nicht zugelassen sind und insbesondere entgleitet die Prozeßleitung bei den reichsgerichtlichen Revisionen aus Bayern den in erster Reihe mit der Spruchpraxis des Reichsgerichts vertrauten Reichsgerichtsanwälten. Letztere werden Dank der Befristung der Prozeßrügen bezüglich letzterer nicht selten bereits mit gebundener Marschroute in den Prozeß eintreten müssen, weil es ihnen zwischen Mandatserteilung und Ende der Begründungsfrist an der nötigen Zeit zum ruhigen Aktenstudium und zur Ausarbeitung der Begründung fehlen wird.

Hinsichtlich der Beschwerde werden durch § 7 EG. z. CPO. ebenfalls prozessuale Weiterungen geschaffen. Ueber die Zulässigkeit entscheidet das Oberlandesgericht, über die Zuständigkeit das Oberste Landesgericht, darüber, ob die Beschwerde begründet ist, praktisch in den meisten Fällen das Reichsgericht. Auch im Falle der Anrufung des Beschwerdegerichts gegen den oberlandesgerichtlichen Verweisungsbeschluß muß behufs Vorentscheidung über die Zuständigkeit dieser Weg eingeschlagen werden.

In der Uebergangsfrage ist im Gegensatz zur Novelle von 1898 schonend gegen die laufenden Prozesse verfahren worden. Nicht die Einlegung des Rechtsmittels, sondern das Existentwerden der Entscheidung bestimmt das Verfahren über die Anfechtung (Art. III). Es kommt hiernach lediglich darauf an, ob die Verkündung oder mangels Verkündung die Zustellung von Amts wegen vor dem 9. Juni 1905[1]) stattgefunden hat, an welchem die Nr. 24 des RGBl. in Berlin ausgegeben worden ist. Zustellung auf Parteibetrieb ist hierfür ebenso belanglos als Zustellung von Amts wegen, soferne Verkündung voranging.[2]) Gleichgültig ist auch, ob die mündliche Schlußverhandlung allenfalls vor der Verkündigung des Gesetzes stattgefunden hat. Die am 9. Juni 1905 selbst existent gewordenen Entscheidungen unterliegen bereits den neuen Vorschriften ohne Rücksicht auf die Tagesstunde. Hiernach wird allerdings bezüglich der Urteile noch geraume Zeit das alte Verfahren neben dem neuen anzuwenden sein und insbesondere die abweichende Form der Revisionseinlegung, Begründung und Anschließung große Achtsamkeit der Anwälte hinsichtlich des Verkündungstags erfordern, um nicht in Haftung und Schaden zu kommen. Hier wäre wohl der Ausdruck „Unanfechtbarkeit“ statt „Rechtsmittel“ oder wenigstens die Setzung einer Präklusivfrist ähnlich dem Art. 228 AG. z. CPO. dahin veranlaßt gewesen, daß nach deren Umfluß das neue Verfahren unbeschränkt Anwendung gefunden hätte, um nicht die aufgehobenen Bestimmungen überlang mitschleppen zu müssen. Innerhalb des Beschwerdeverfahrens werden sich ähnliche Unzukömmlichkeiten hinsichtlich der einfachen Beschwerde herausstellen, während bezüglich der sofortigen Beschwerde die Uebergangszeit sehr rasch überwunden sein wird.

Alles im allem genommen dürfen wir aber wohl zum Schlusse der Hoffnung Ausdruck geben, daß sich der Zweck der Novelle, Entlastung des Reichsgerichts, erfüllen wird, ohne daß sich die gefürchtete Zurückdämmung der Präjudizien allzu bemerkbar macht.[1]) Dies um so mehr, als die Novelle von berufener Seite wiederholt lediglich als Notgesetz bis zur generellen Revision der CPO. bezeichnet worden ist.

[1]) In München erfolgte die Postausgabe erst am 18. Juni, also neun Tage später.

[2]) Dies kann in Ehe- und Kindssachen vorkommen (§§ 625, 640 ff. CPO.).

[1]) Rund 80% der Revisionen in vermögensrechtlichen Sachen sind von vorneherein erfolglos. Von dem Reste bleibt es im Endergebnis nochmals mindestens hinsichtlich der Hälfte bei dem früheren Ausspruch, so daß nur ein Zehntel aller Revisionen wirklichen Erfolg hat. In diesen letzteren Erkenntnissen steckt die Hauptmasse der praktisch wichtigsten Präjudizien, wie auch in der Tat die amtliche Sammlung nur etwa 1/9 aller Urteile bringt.

## Die Kostenfestsetzung im Urteile.

Von Rechtsanwalt **Dr. Dispeker** in München.

Der Aufsatz des Herrn Amtsrichters Kling in Nr. 10 dieser Zeitschrift veranlaßt mich zu folgenden Ausführungen:

Es kann ohne weiteres zugegeben werden, daß es in vielen Fällen sehr begrüßenswert ist, wenn der Richter trotz der großen Ueberlastung des Sitzungsdienstes zur sofortigen Festsetzung der Kosten bereit ist. Dies umsomehr, als eine Verpflichtung des Gerichts zur Anwendung des § 103 Abs. 1 CPO., wie schon dessen Wortlaut („kann“) ersehen läßt, nicht bestehen dürfte (vgl. Gaupp § 103 III).

Oftmals wird auch der Gläubiger oder dessen Anwalt gern die Gelegenheit ergreifen, die bis zur Urteilsfällung entstandenen Kosten zugleich mit dem Urteil festsetzen zu lassen, und zwar aus dem Grunde, weil hierdurch die Beitreibung dieser Kosten beschleunigt wird. Die übrigen Vorzüge, welche der sofortigen Festsetzung der Kosten im Termin nachgerühmt werden, nämlich Verringerung des Schreibwerks, Verbilligung und wesentliche Erleichterung des Verfahrens bestehen, wie



weiter unten nachzuweisen sein wird, tatsächlich nicht.

Wie unbestritten, besteht ein Zwang für die um Kostenfestsetzung nachsuchende Partei, von dem Verfahren nach § 103 Gebrauch zu machen, nicht. Es steht vielmehr, wie auch in dem erwähnten Aufsatz zugegeben wird, im freien Belieben der Partei, ob sie die von dem Gegner zu erstattenden Kosten auf dem einen oder dem anderen Wege festsetzen lassen will. Wenn dem aber hinzugefügt wird, es sei eine andere Frage, ob nicht das Gericht der den Weg des Verfahrens nach § 104 ff. wählenden Partei die Mehrkosten zur Last legen kann, wenn sie die Kosten ohne gerechtfertigten Grund nicht im Urteil festsetzen läßt, so dürfte wohl im Ernst von einen freien Belieben der Partei nicht gesprochen werden können. Wäre diese Ansicht richtig, so würde diese Machtbefugnis des Gerichts einen zwar indirekten aber ziemlich starken Zwang auf die um Kostenfestsetzung nachsuchende Partei darstellen.

Die dort entwickelte Ansicht über die Ueberbürdung der Mehrkosten dürfte aber irrig sein. Es sei hiebei zunächst davon ausgegangen, daß wirklich infolge der Durchführung des gesonderten Verfahrens Mehrkosten entstehen, eine Annahme, die auf den ersten Blick richtig zu sein scheint, in Wirklichkeit aber, wie später noch darzulegen sein wird, in den meisten Fällen falsch ist.

Aus § 103 CPO. ist natürlich für die Ansicht, daß „die Mehrkosten“ dem Antragsteller aufzulegen sind, nichts zu schließen. Im Gegenteil spricht die Potestativfassung dieser Gesetzesstelle gegen sie. Man beruft sich auf § 91 Abs. 1 CPO. Hier ist allerdings bestimmt, daß die unterliegende Partei die Kosten, nur soweit sie nach freiem Ermessen des Gerichts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig waren, zu ersetzen hat. Das hier vorgesehene „freie Ermessen“ des Gerichts geht natürlich nicht weiter, als das Gesetz und dessen Absicht es zulassen. Wenn die Zivilprozeßordnung einer Partei verschiedene Möglichkeiten, ihre Rechte zu verfolgen, einräumt, so überläßt sie es grundsätzlich der betreffenden Partei, zu entscheiden, welcher Weg ihr zweckmäßiger erscheint. Die im § 91 dem Gericht eingeräumte Befugnis zur Prüfung der Notwendigkeit aufgewendeter Kosten erstreckt sich nicht auf die Prüfung, ob diese oder jene Art des Verfahrens notwendig war, sondern beschränkt sich vielmehr auf die Prüfung, ob der Kostenaufwand zur zweckentsprechenden Durchführung des gewählten Verfahrens notwendig gewesen ist. (Beschluß des Landgerichts München I vom 2. Mai 1905.) Mit Recht wird darauf hingewiesen, daß auch bei Ausklagung eines Wechsels oder einer urkundlichen Schuld im ordentlichen Prozeßverfahren die gegenüber dem Urkunden- und Wechselprozeß entstehenden Mehrkosten erstattungspflichtig sind. Ebenso steht es mit den Prozeßkosten, welche durch eine Klage aus einem Rechtsverhältnisse entstehen, für welches der Kläger bereits eine vollstreckbare Urkunde nach § 794 Ziff. 5 besitzt. (Vgl. Willenbücher S. 27 Anm. 6, OLG. Dresden, Jahrbuch I S. 28, Gaupp § 91 Anm. 68 mit Zitaten, Rechtspr. der OLG. 3 S. 322.)

Mit Recht führt das Oberlandesgericht Köln in der zuletzt angeführten Entscheidung aus, daß, wo das Gesetz dem Gläubiger die Wahl gibt, er auch nicht indirekt durch Aufbürdung von Kosten gezwungen werden kann, den ihm zwecks Geltendmachung seines Rechts geeignet erscheinenden Weg nicht zu beschreiten.

Gegen diese Beweisführung kann man doch nicht einwenden, daß in den zuletzt erwähnten Fällen die Wahl des einen Wegs „unter Umständen“ für den Gläubiger mit Nachteilen verknüpft sein kann. In den weitaus meisten Fällen läßt sich ganz genau feststellen, daß dies nicht der Fall ist. Trotzdem darf der Richter auch in diesen Fällen dem Kläger die Mehrkosten nicht aufbürden, ja er hat die Frage, ob das billigere Verfahren für den Gläubiger ebenso zweckentsprechend gewesen wäre als das kostspieligere ordentliche Verfahren, gar nicht zu prüfen, da eben die Wahl dem Ermessen der Partei überlassen ist. Umgekehrt wird in dem mehrzitierten Aufsatz zugegeben, daß das Gericht „in vielen Fällen“ in der Lage sei, festzustellen, daß der die Kostenfestsetzung Betreibende ohne Nachteil das billigere Verfahren durchzuführen in der Lage gewesen wäre. Wie erwähnt, ist genau dasselbe beim Mahnverfahren oder Urkundenprozesse der Fall. Schon hieraus ergibt sich, daß von einem grundsätzlichen Unterschied in der Auffassung der Prozeßordnung nicht gesprochen werden kann.

Auch aus der Bestimmung des § 197, wonach die zur Erstattung der Prozeßkosten verurteilte Partei diejenigen Mehrkosten nicht zu tragen hat, die durch die Zustellung durch den Gerichtsvollzieher gegenüber der Zustellung durch die Post entstehen, folgt, daß das Gesetz die ausdrückliche Hervorhebung dieser Ausnahme für notwendig hielt und beweist die Richtigkeit der oben hervorgehobenen Absicht der Prozeßordnung.

Wurde bisher von der Ansicht ausgegangen, daß die Festsetzung der Kosten im Termin höchst beträchtliche Vorteile und keinen Nachteil hat, so schwindet bei näherer Betrachtung auch diese Voraussetzung der gegenteiligen Ansicht.

Es wird hervorgehoben, das Verfahren nach § 103 sei abgekürzt und erspare viel Schreiberei. In manchen Fällen ist das richtig, in manchen Fällen nicht. In vielen Anwaltskanzleien ist es aus hier nicht weiter zu erörternden praktischen Gründen Uebung, daß die Kosten nicht in ein bei den Akten befindliches Kostenverzeichnis eingetragen, sondern in einem sogenannten Deservitenbuch verbucht werden. Die Anwälte, in deren

Kanzleien dieses System herrscht, sind daher regelmäßig gar nicht in der Lage, im Termin eine Kostenberechnung vorzulegen, welche Voraussetzung der Festsetzung ist. Sie müssen in allen amtsgerichtlichen Sachen, da gerade bei diesen meistens im voraus nicht beurteilt werden kann, ob sie kontradiktorisch werden, die Kosten doppelt buchen, im Deservitenbuch und in einem zu den Handakten zu nehmenden Verzeichnisse. Hier würde also das Schreibwerk nicht nur nicht vermindert, sondern vermehrt.

Es wird weiter behauptet, — und das ist gerade der Hauptgrund für die gegenteilige Ansicht, — daß das Verfahren nach § 103 billiger sei und Arbeit erspare. Gewiß werden, wenn im Urteil die Gesamtkosten sofort festgesetzt werden können, die Gerichts- und Anwaltsgebühren für die Kostenfestsetzung, — nicht aber die Schreibauslagen des Anwalts, der, um dem Gegner die Nachprüfung der festgesetzten Kosten zu ermöglichen, ein genaues Verzeichnis zu übergeben hat — wegfallen.

Allein in fast allen Fällen können die Gesamtkosten im Termin nicht richtig und vollständig angegeben werden und daher auch ohne nochmalige nachträgliche Festsetzung nicht richtig und vollständig festgesetzt werden. Bei den kurzen amtsgerichtlichen Einlassungs- und Ladungsfristen ist naturgemäß der Gerichtskostenvorschuß im ersten Termin von dem Klageteil fast noch nie erhoben; nach dem Urteil erwachsen weitere Kosten, z. B. Auslagen für die Mitteilung des Anwaltes an seine Partei über den Verlauf des Termins usf. Die Amtsgerichte setzen zwar zumeist die Kopialien für einen weiteren Brief des Anwalts an seine Partei unbedingt und die Gerichtskosten unter der Bedingung der Vorzeigung der Gebührenquittung, teilweise übrigens auch unbedingt fest. Beides ist nach dem Gesetz nicht einwandfrei. Die Festsetzung der Kopialien für einen Brief an die Partei schon um deswillen nicht, weil diese Auslage oft gar nicht entsteht. Häufig fragt der Kläger nach dem Termin telephonisch oder persönlich bei seinem Anwalt nach dem Verlauf der Verhandlung. Der Terminsbericht entfällt sodann. Der Kläger hat einen Vollstreckungstitel über einen gar nicht ausgelegten Betrag.

Die Festsetzung von Gerichtskosten unter der Bedingung der Vorzeigung der Gebührenquittung ist ebenso wie die bedingte Festsetzung von Kosten überhaupt unzulässig. Die Gerichtskosten sind erst dann, wenn sie bezahlt sind, zur Erstattung festzusetzen (Entsch. des RG. vom 11. Juni 1892 Jur.Wschr. 1892 S. 310, Pfafferoth S. 15).

Die Gerichtskosten dürfen auch um deswillen von vornherein nicht unbedingt festgesetzt werden, weil dadurch der Beklagte leicht einer Doppelzahlung ausgesetzt sein würde. Es ist zwar Kläger für 10/10 Gerichtskosten vorschußpflichtig. Allein nach § 86 GKG. ist der Beklagte deren Zweitschuldner. Wenn nun Kläger, wie es in einem praktischen Fall tatsächlich vor kurzem sich ereignete, die im Urteil unbedingt festgesetzten, von ihm aber noch nicht bezahlten Gerichtskosten vom Beklagten beitreibt und verbraucht, selbst aber die später bei ihm zur Einhebung gelangenden Gerichtskosten nicht zahlt und infolge seiner Mittellosigkeit nicht zahlen kann, so muß der Beklagte die Gerichtskosten, wiewohl er sie bereits an den Kläger gezahlt hat, nochmals an den Staat abführen.

Wenn im Urteil aber die Kosten richtiger Weise nur so weit, als sie bis dahin tatsächlich erwachsen sind, festgesetzt werden, so folgt meist nochmals ein zweiter Kostenfestsetzungsantrag, welcher erspart bleibt, wenn der Anwalt die Kosten unter Vorlegung aller Belege festsetzen läßt.

Häufig wird auch, abgesehen von den Gerichtskosten und den Auslagen eines Briefes an den Auftraggeber, eine nachträgliche nochmalige Festsetzung erforderlich werden. In vielen Fällen wird nach Urteilsverkündung eine weitere Korrespondenz, sei es mit der Partei, sei es behufs Ermittelung verschiedener für die Zwangsvollstreckung wichtiger Umstände mit dritten Personen oder Behörden notwendig sein. Auch diese Kosten, welche nicht zu den Vollstreckungskosten gehören, müssen festgesetzt werden.

Daß die Kosten des zweiten notwendig gewordenen Kostenfestsetzungsantrags und -beschlusses erstattungspflichtig sind, dürfte nicht zweifelhaft sein (vgl. Willenbücher S. 29 Ziff. 14). In allen diesen Fällen wird sohin die sofortige Festsetzung der Kosten im Urteil eine doppelte Festsetzung und damit doppelte Arbeit verursachen, ohne daß Kosten erspart würden.

Ganz unberücksichtigt können dabei die immerhin nicht seltenen Fälle bleiben, in denen die Kostenfestsetzung deshalb, weil der Schuldner nach Erlassung des Urteils Hauptsache und Kosten zahlt, ganz unterbleibt und somit die Festsetzung im Urteil sich als überflüssige Arbeit erweist.

Besonders in den großen Städten sind die amtsgerichtlichen Termine überhäuft. Die Amtsrichter beginnen die Sitzungen um 8 Uhr oder ½9 Uhr und können sie häufig erst um 1 oder 2 Uhr enden. Es ist daher unbillig, den Sitzungsstoff noch zu häufen. Falls die Kosten nicht nur ausnahmsweise, sondern regelmäßig im Versäumnis- oder Anerkenntnisurteil festgesetzt werden, so braucht der Richter bei Prüfung der Kostenfestsetzungsverzeichnisse und Belege entweder viel Zeit, während deren nicht nur der gerade beschäftigte Anwalt, sondern auch die übrigen Parteien und Anwälte der späteren Fälle warten müssen, oder die Prüfung der Kosten erfolgt nur flüchtig und die Kostenfestsetzung wird in manchen Fällen unvermeidliche Irrtümer enthalten.

Ich komme also zu dem Schluß, daß der gute Wille, die bis dahin erwachsenen Kosten im Urteil festzusetzen, begrüßenswert, daß aber die regel-

mäßige Anwendung dieses Weges unzweckmäßig, die Ueberbürdung der Kosten des Kostenfestsetzungsbeschlusses nach § 104 ff. auf den Gläubiger ungesetzlich und ungerechtfertigt ist.

---

## Zur Frage der Auseinandersetzung eines Nachlasses nach Anlegung des Grundbuchs und der Verfügungsgewalt der Ehegatten über Nachlaßanteile.

Von **Karl Reichold**, Notariatspraktikant in Nürnberg.

Um die Auseinandersetzung eines Nachlasses herbeizuführen, wird der bayerische Notar in zahlreichen Fällen den Weg des § 2033 Abs. I des BGB. wählen und demnach die Erklärungen der einzelnen Beteiligten beurkunden, daß sie ihre Anteile am Nachlasse auf neue Berechtigte übertragen, sei es, daß das Eigentum an den Nachlaßgegenständen und die sonstigen zum Nachlaß gehörenden Ansprüche auf einen oder mehrere Miterben, oder auf einen oder mehrere Dritte, oder endlich teils auf Erben, teils auf Dritte übergehen sollen.

Es ist bereits des öfteren erörtert worden, daß ein solcher Vertrag in dem Augenblick, in welchem die sämtlichen Erklärungen der einzelnen Anteilsberechtigten in der vorgeschriebenen Form abgegeben sind, dingliche Wirkung erlangt, daß also insbesondere das Eigentum auch an einem allenfalls zum Nachlasse gehörigen Grundstücke bereits mit Vollendung der Notariatsurkunde auf den neuen Erwerber übergeht, ohne daß es hiezu der Auflassung (§ 925 des BGB.) und der Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch (§ 873 das.) bedürfte. Diese Anschauung findet sich auch bestätigt in der Dienstanweisung für die Grundbuchämter in den Landesteilen rechts des Rheins § 355 Ziffer 2 (vgl. auch Achilles und Strecker, Kommentar zur Grundbuchordnung, Berlin 1901, Einleitung S. 30, Ziff. III, b.). Ist demnach der Auseinandersetzungsvertrag nach Form und Inhalt vollständig, so ist der Inhalt des Grundbuchs mit Rücksicht auf die inzwischen eingetretene Aenderung des Eigentums mit der wirklichen Rechtslage nicht mehr im Einklange, ein Fall, in welchem dem neuen Erwerber bei Veranlassung also nicht etwa ein Recht auf Vormerkung wohl aber ein solches auf Eintragung eines Widerspruchs (§§ 899, 894 d. BGB.) zustehen würde.

Der Notar und das Grundbuchamt werden hier, wie immer, zu prüfen haben, wer bei einem nach § 2033 des BGB. zu schließenden Auseinandersetzungsvertrage die Beteiligten d. h. die Personen sind, welche die der Beurkundung zugrunde liegenden Erklärungen über die Verfügung bezüglich des Anteils am Nachlasse abzugeben haben.

Das Bürgerliche Gesetzbuch sagt in § 2033, daß jeder Miterbe über seinen Erbteil verfügen kann. Es ist aber mit Rücksicht auf andere gesetzliche Bestimmungen dies nicht dahin auszulegen, daß immer gerade die als Miterben in Betracht zu ziehenden Personen zur Abgabe der betreffenden Erklärungen berechtigt sind. Vielmehr gelten hier die weiteren Normen, kraft welcher dritte Personen an Stelle der Berechtigten oder gemeinsam mit ihnen Erklärungen abzugeben haben. Diese Frage bedarf mit Rücksicht auf den angeführten § 2033 insbesondere der Erörterung für die Fälle, in welchen Ehemänner oder Ehefrauen als Miterben in Betracht kommen.

Für diese Fälle gilt folgendes:

Besteht Gütertrennung, so ist der Mann oder die Frau als Miterbe allein zur Abgabe der betreffenden Erklärung berechtigt, wie das im Wesen dieses Güterrechtsverhältnisses gelegen ist.

Besteht der Güterstand der Verwaltung und Nutznießung, so ist der Mann als Miterbe auch allein zu der Uebertragung seines Anteils am Nachlasse befugt. Denn sein Vermögen wird durch keine entgegengesetzte Bestimmung einer Einschränkung zugunsten der Frau unterworfen. Anders jedoch im Falle der Miterbeneigenschaft auf der Seite der Frau: Mit dem Erbfall (§ 1922 a. a. O.) wird der Anteil der Frau eingebrachtes Gut (§ 1363 Abs. II), und damit der Verwaltung des Mannes unterworfen. Wenn nun auch der Mann nicht berechtigt ist, auf Grund seines Verwaltungsrechtes über den Nachlaßanteil zu verfügen (§ 1375 a. a. O.), so bedarf doch die Frau ihrerseits gemäß § 1395 der Einwilligung des Mannes, und es ist daher in diesem Falle der Ehemann beizuziehen und die Erklärung der Frau erst wirksam mit der Erteilung der eheherrlichen Einwilligung oder der in § 1396 Abs. I a. a. O. vorgesehenen Genehmigung durch den Mann.

Bestritten ist die Frage der Mitwirkung der Frau bei Bestehen der allgemeinen Gütergemeinschaft: Hier fällt im Augenblick des Erbfalles der Anteil am Nachlaß, gleichviel ob die Frau oder der Mann als Erbe in Betracht kommt, in das gemeinschaftliche Vermögen beider Ehegatten (§ 1438 d. BGB.), und unterliegt gemäß § 1443 der Verwaltung des Mannes. Der Mann ist demnach berechtigt, wie über das Gesamtgut allgemein, so auch über diesen Anteil am Nachlasse zu verfügen. Dieses Verfügungsrecht schließt also das Recht des § 2033 in sich; er ist auf Grund dieser Gesetzesbestimmungen der allein Erklärungsberechtigte.

Es gibt nun verschiedene Rechtsauffassungen für den Fall, daß zum Nachlasse ein Grundstück gehört, indem verschiedentlich die Meinung vertreten wird, hier sei die Zustimmung der Frau erforderlich und zwar mit der Begründung, daß der Mann über die zum Gesamtgute gehörenden Grund-

stücke nicht ohne Zustimmung der Frau verfügen dürfe (§ 1445 des BGB.). Diese Auffassung dürfte jedoch nicht richtig sein; denn der § 2033 behandelt Anteile am Nachlasse als besondere Berechtigungen ohne irgend welchen Unterschied, ob nun zum Nachlasse Forderungs-, Besitz-, Eigentums- oder sonstige Ansprüche gehören, und die einheitliche Regelung des Ueberganges aller Nachlaßansprüche dürfte vom Gesetzgeber gerade mit Rücksicht auf die Schwierigkeit einer Auseinanderhaltung der vielerlei einzelnen möglicherweise zu einer Nachlaßmasse gehörenden Rechte durch Schaffung der „Anteile am Nachlaß" als Rechtsbegriff für sich beabsichtigt gewesen sein. Die Frage nach den einzelnen zum Nachlaß gehörenden Ansprüchen und ihrer rechtlichen Beurteilung hat daher richtiger Ansicht nach wohl völlig außer Betracht zu bleiben. Dies erhellt auch aus dem Inhalt der Protokolle der im Jahre 1890 eingesetzten II. Reichskommission, welche u. a. bei der Besprechung des nunmehrigen § 2033 des BGB. sagen:

„Bei der Gemeinschaft zur gesamten Hand besteht die Gemeinschaft nicht an allen einzelnen Gegenständen des Vermögensganzen, das Verhältnis ist vielmehr ein einheitliches und die einzelnen Objekte kommen nur als Bestandteile eines Ganzen in Betracht. Dadurch wird bewirkt, daß der Anteil an einem solchen Vermögen ein **einheitliches Recht** ist, welches durch Vertrag einheitlich übertragen werden kann."

Bei richtiger Auffassung der so erläuterten Gesetzesbestimmungen gelten demnach für dieses so vom Gesetzgeber geschaffene einheitliche Recht für Nachlaßanteile auch ausschließlich die Normen, welche für diesen besonderen Rechtsbegriff gesetzt sind. Es bedarf also bei allgemeiner Gütergemeinschaft der Ehemann, weder wenn er, noch wenn die Frau als Erbe in Betracht kommt, der Zustimmung der letzteren und selbst dann nicht, wenn ein Grundstück zum Nachlaß gehört.

Bei der Errungenschaftsgemeinschaft ist zu unterscheiden, ob der angefallene Nachlaßanteil zu dem eingebrachten Gut des Mannes, der Frau oder zum Gesamtgute gehört, also ob der Mann, die Frau oder beide Eheleute anteilsberechtigte Miterben sind (§§ 1519 ff. des BGB.). Gehört der Anteil dem Mann oder der Frau allein, so gilt dasselbe, was für den Güterstand der Verwaltung und Nutznießung schon oben gesagt wurde, der Mann bedarf für seinen Anteil keiner, die Frau für ihren Anteil der Zustimmung des Mannes (vgl. insbes. § 1525 a. a. O.); ist der Anteil beiden angefallen, so ist die Beurteilung dieselbe wie im Falle der allgemeinen Gütergemeinschaft, (§§ 1519, 1438 Abs. II, 1443 des BGB.), der Mann kann also allein ohne Zustimmung der Frau die rechtsändernde Erklärung abgeben.

Für die Fahrnisgemeinschaft gilt folgendes: Nach § 1549 a. a. O. finden die Vorschriften über die allgemeine Gütergemeinschaft auf das zur Zeit des Eintrittes dieses Güterstandes vorhandene bewegliche sowie alles während des Bestehens desselben erworbene Vermögen beider Ehegatten Anwendung. Nach den bereits oben bei der allgemeinen Gütergemeinschaft vorgebrachten Regeln gehört demnach der „Anteil am Nachlasse" unter allen Umständen zum Gesamtgut, denn nur unbewegliches Vermögen ist bei diesem Güterstande in der Regel eingebrachtes Gut, zu diesem gehört aber der „Nachlaßanteil" nicht, selbst wenn ein Grundstück zum Nachlaß gehört.

Ferner zu erwähnen ist der Eintritt einer fortgesetzten Gütergemeinschaft. Bei diesem Rechtsverhältnisse gehört nach § 1485 Abs. II BGB. das nicht zum Gesamtgut, was einem gemeinschaftlichen Abkömmling zur Zeit des Eintrittes der fortgesetzten Gütergemeinschaft bereits gehört oder was er später erwirbt. Bezüglich eines einem solchen Abkömmling bereits zustehenden oder von ihm erst später erworbenen Anteils am Nachlasse ist also dieser zur Abgabe der Verfügungserklärung in der Regel allein berechtigt. Gehört jedoch der Anteil zum Gesamtgut, so ist der überlebende Ehegatte zu der Erklärung nach den Regeln über die allgemeine Gütergemeinschaft allein berechtigt (§ 1487 Abs. I BGB.).

Endlich bilden eine Ausnahme von den aufgeführten Grundregeln die Bestimmungen über Vorbehaltsgut, deren nähere Erklärung aus den hiezu geltenden besonderen Vorschriften bei den einzelnen Güterständen aus dem Gesetze ersichtlich ist. Grundsatz für das Vorbehaltsgut ist der § 1365 BGB., demzufolge die Verwaltung und Nutznießung des Mannes sich nicht auf diese Vermögensteile erstreckt. Der zum Vorbehaltsgut gehörende Nachlaßanteil wird demnach durch die Erklärung dessen übertragen, dem die Verfügung über dieses von den sonstigen Bestimmungen des Gesetzes über die ehelichen Güterrechtsverhältnisse ausgenommene Gut zusteht.

---

## Mitteilungen aus der Praxis.

**Zu § 250 und § 270 StPO.** Gegen einen Beschuldigten war das Hauptverfahren vor dem Schöffengerichte wegen Vergehens des Diebstahls eröffnet worden, da der Wert des Gestohlenen 25 Mk. nicht überstieg. Nach Anberaumung des Termins zur Hauptverhandlung war ein Tatzeuge verzogen und durch ein auswärtiges Amtsgericht gemäß 222, 223 StPO. kommissarisch vernommen worden, weil das Erscheinen des Zeugen wegen großer Entfernung besonders erschwert erschien. Nach dem Ergebnisse der Hauptverhandlung stellte sich die Tat des Angeklagten als ein Verbrechen des Diebstahls gemäß § 243 Ziff. 3 StGB., sohin als eine solche dar, welche die Zuständigkeit des Schöffengerichts überschritt. Dieses

sprach daher gemäß § 270 StPO. durch Beschluß seine Unzuständigkeit aus und verwies die Sache an das zuständige Landgericht. Frage: Kann das Protokoll über die Vernehmung des Zeugen gemäß § 250 StPO. in der Hauptverhandlung vor dem Landgerichte verlesen werden oder muß die kommissarische Vernehmung des Zeugen gemäß §§ 222, 223 StPO. wiederholt werden, um die Aussagen des Zeugen zur Verlesung bringen zu können? Diese Frage wird von besonderer Bedeutung dann sein, wenn es sich um einen Zeugen handelt, welcher zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt ist. Die Beantwortung der aufgeworfenen Frage hängt ab von der Beantwortung der Frage, welche prozessuale Bedeutung dem Verweisungsbeschlusse nach § 270 StPO. zukommt, und ist im wesentlichen gleichbedeutend mit der Frage, ob durch diesen dem vorhergegangenen Hauptverfahren der Stempel eines bloßen Vorverfahrens aufgedrückt wird oder nicht. Nach § 270 Abs. 2 StPO. hat der Verweisungsbeschluß die Wirkung eines das Hauptverfahren eröffnenden Beschlusses. Es muß also vor dem Gerichte, an welches verwiesen wurde, Hauptverhandlung und Urteilsfällung stattfinden, soferne nicht für das nunmehr zuständige Gericht sich die Notwendigkeit ergibt, seinerseits wieder nach § 270 StPO. die Sache an ein Gericht höherer Ordnung zu verweisen. Hinsichtlich der weiteren Wirkungen des Verweisungsbeschlusses führt nun namentlich John im Kommentar zur StPO. zu § 66 StPO. in Bd. I S. 633 folgendes aus: „Wenn in Gemäßheit des § 270 das in die Hauptverhandlung eingetretene Gericht seine sachliche Unzuständigkeit durch Beschluß ausspricht und die Sache an das zuständige Gericht verweist, so ist das vor letzterem stattfindende Verfahren unzweifelhaft ein neues Hauptverfahren. Dies ergibt sich aus § 270 in Verbindung mit § 205. Denn dasjenige erkennende Gericht, welches jetzt in die Verhandlung der Sache eintritt, tut dies nicht auf Grund des ursprünglichen von der Strafkammer in Gemäßheit des § 205 gefaßten Verweisungsbeschlusses, sondern auf Grund des Beschlusses desjenigen Gerichts, welches zuerst als erkennendes Gericht mit der Sache befaßt wurde. In dem Beschlusse dieses letzteren Gerichts wird denn auch — und zwar abweichend von dem nach § 205 von der Strafkammer gefaßten Beschluß — für die dem Angeklagten zur Last gelegte Tat usw. das Gericht bezeichnet, vor welchem die Hauptverhandlung stattfinden soll. Auf Grund dieses neuen Eröffnungsbeschlusses findet dann eben ein neues Hauptverfahren statt.“ Der Anschauung, daß das Verfahren vor dem Gerichte, an welches die Sache verwiesen wurde, ein neues Hauptverfahren darstelle, hat sich auch Löwe im Kommentar zur StPO. § 66 Note 2b angeschlossen. Darnach freilich müßte die kommissarische Vernehmung eines im Hauptverfahren vor dem verweisenden Gerichte bereits vernommenen Zeugen durch das Gericht höherer Ordnung ebenso wiederholt beschlossen werden wie eine Anwendung des § 66 StPO. durch das Gericht höherer Ordnung unstatthaft sein würde. Auch eine Berufung auf § 191 StPO. könnte keinen Ausweg bieten. Denn nach § 250 Abs. 2 StPO. ist in den im § 222 StPO. bezeichneten Fällen die Verlesung des Protokolls über die frühere Vernehmung eines Zeugen nur dann statthaft, wenn letztere nach Eröffnung des Hauptverfahrens oder wenn sie in dem Vorverfahren unter Beobachtung der Vorschriften des § 191 StPO. erfolgt ist. Voraussetzung für das Zutreffen dieser zweiten Alternative ist also, daß die Vernehmung im Vorverfahren erfolgt ist. Im Vorverfahren ist aber im hier besprochenen Falle die Vernehmung des Zeugen nicht erfolgt, denn unter dem Vorverfahren sind nur das staatsanwaltschaftliche Vorbereitungsverfahren und die gerichtliche Voruntersuchung zu verstehen. Beide sind, wenn einmal das Hauptverfahren vor irgend einem, wenn auch sachlich unzuständigen Gerichte eröffnet worden ist, damit jedenfalls beendet. Zudem kann den Vorschriften des § 191 StPO. nur in der gerichtlichen Voruntersuchung entsprochen werden, da nur hier den Prozeßbeteiligten die Anwesenheit bei der Vernehmung gewährt werden kann. Die von John-Löwe vertretene Ansicht scheint mir aber nicht zutreffend zu sein. Jedenfalls sind die für sie vorgebrachten Gründe nicht beweiskräftig und es ist außerdem eine saubere Scheidung der Begriffe „Hauptverfahren“ und „Hauptverhandlung“ zu vermissen. Mit der bloßen Behauptung, das vor dem Gerichte höherer Ordnung stattfindende Verfahren sei „unzweifelhaft“ ein neues Hauptverfahren, ist unzweifelhaft nichts bewiesen. Ebenso ist die Heranziehung des § 205 StPO. nicht beweisdienlich, denn § 205 regelt nur den notwendigen Inhalt des Eröffnungsbeschlusses, ohne sich über die hier allein interessierenden Wirkungen dieses Beschlusses auszulassen, und, wenn in § 270 StPO. gesagt ist, daß der Verweisungsbeschluß den Erfordernissen des Eröffnungsbeschlusses nach § 205 StPO. entsprechen muß, so ist damit hinsichtlich der Wirkungen des Verweisungsbeschlusses gar nichts bestimmt. Da der Verweisungsbeschluß die Wirkung eines das Hauptverfahren eröffnenden Beschlusses hat, und zudem den Erfordernissen eines solchen entsprechen muß, so kann dem Verweisungsbeschlusse der Charakter eines Eröffnungsbeschlusses nicht abgesprochen werden. Es wäre sicher verfehlt, sich mit Stenglein, Kommentar zur StPO. § 270 Anm. 14, zu der Behauptung zu versteigen: „Der Verweisungsbeschluß ist kein Eröffnungsbeschluß“. Eine andere Frage aber ist die, in welchem Verhältnisse der Eröffnungsbeschluß, auf Grund dessen das Verfahren vor dem verweisenden Gerichte eröffnet worden ist, und das diesem vor dem verweisenden Gerichte gefolgte Verfahren einerseits und der als Eröffnungsbeschluß sich qualifizierende Verweisungsbeschluß sowie das diesem Beschlusse folgende Verfahren vor dem Gerichte höherer Ordnung andererseits zu einander stehen. Die Tatsache, daß auf Grund des ursprünglichen Eröffnungsbeschlusses vor dem verweisenden Gerichte als einem erkennenden Gerichte ein Hauptverfahren und eine Hauptverhandlung, welcher der Verweisungsbeschluß seine Entstehung verdankt, stattgefunden hat, kann durch juristische Konstruktionen und Qualifikationen nicht aus der Welt geschafft werden. Der den Namen Eröffnungsbeschluß tragende Beschluß, durch den das Hauptverfahren vor dem verweisenden Gerichte eröffnet wurde, und das diesem Beschlusse vor dem Verweisungsbeschluß gefolgte Verfahren werden durch den Verweisungsbeschluß aus der Reihe der Prozeßgeschehnisse nicht gestrichen. Der Verweisungsbeschluß beendet das Hauptverfahren nicht, sondern vermittelt nur dessen Fortsetzung vor dem Gerichte höherer Ordnung. Da jedes Hauptverfahren nur mit einem Urteile schließen kann, so kann mit dem Verweisungsbeschlusse kein Hauptverfahren abgeschlossen und demgemäß kein neues Hauptverfahren begonnen werden.

Die Behauptung, es beginne mit dem Verweisungsbeschlusse ein neues Hauptverfahren, findet daher nicht nur im Gesetze keine Stütze, sondern ist auch logisch nicht haltbar. Der Verweisungsbeschluß macht nur eine Cäsur hinsichtlich der Zuständigkeit und der Hauptverhandlungen, aber keine Cäsur hinsichtlich des Hauptverfahrens. Vielmehr wird das mit dem ursprünglichen Eröffnungsbeschlusse begonnene Hauptverfahren vor dem Gerichte höherer Ordnung fortgesetzt und mit der Urteilsfällung des höheren Gerichts beendet. Der Verweisungsbeschluß tritt ergänzend und berichtigend neben den bereits ergangenen, nun einmal vorhandenen und nicht wieder beseitigten Eröffnungsbeschluß. Damit, daß auf Grund des Verweisungsbeschlusses mit den Wirkungen und Erfordernissen eines Eröffnungsbeschlusses vor dem Gerichte höherer Ordnung die Fortsetzung des Hauptverfahrens bis zur Urteilsfällung und eben deshalb eine neue Hauptverhandlung stattfinden muß, ist durchaus nicht gesagt, daß das vor dem verweisenden Gerichte stattgehabte Hauptverfahren nunmehr als nicht stattgefunden zu erachten ist. Durch den Verweisungsbeschluß ist endgültig nur festgestellt, daß die Hauptverhandlung vor dem in dem Beschlusse bezeichneten Gerichte stattzufinden hat (vgl. Ullmann, Lehrbuch des Strafprozeßrechts S. 438). Das Hauptverfahren vor dem Gerichte höherer Ordnung ist daher nur eine durch das Bindeglied des Verweisungsbeschlusses übergeleitete Fortsetzung des Hauptverfahrens vor dem verweisenden Gerichte. Demgemäß ist eine Wiederholung der kommissarischen Vernehmung eines in dem Hauptverfahren vor dem verweisenden Gerichte gemäß §§ 222, 223 StPO. vernommenen Zeugen in dem Hauptverfahren vor dem Gerichte höherer Ordnung nicht erforderlich, vielmehr kann das Protokoll über die Vernehmung des Zeugen in der Hauptverhandlung vor dem Gerichte, an welches die Sache verwiesen wurde, ohne eine Wiederholung der kommissarischen Vernehmung verlesen werden. Das Gegenteil der hier vertretenen Anschauung, daß der Verweisungsbeschluß das Hauptverfahren nicht unterbricht, kann auch daraus nicht gefolgert werden, daß der Eröffnungsbeschluß, infolge dessen das Verfahren vor dem verweisenden Gerichte eröffnet wurde, vor dem Gerichte höherer Ordnung nicht verlesen zu werden braucht, und daß vor dem Gerichte höherer Ordnung nur der Verweisungsbeschluß zur Verlesung zu bringen ist. Denn wenn auch insoferne der von Glaser, Handbuch des Strafprozesses Bd. II S. 576, 577, aufgestellte Satz, der Verweisungbeschluß verdränge unbedingt den früheren Eröffnungsbeschluß, richtig ist, so besteht doch einerseits kein Zweifel darüber, daß der ursprüngliche Eröffnungsbeschluß vor dem Gerichte höherer Ordnung verlesen werden kann (RG. Bd. 10 S. 231 und Rspr. Bd. 7 S. 473), wie dies in der Praxis zur besseren Information der Richter und zum klaren Verständnis des Verweisungsbeschlusses zweckmäßig nicht selten geschieht, und bildet andererseits der Verweisungsbeschluß nur die Grundlage für Hauptverhandlung und Urteilsfällung vor dem nunmehr erkennenden Gerichte, ohne den natürlichen Zusammenhang zwischen dem Hauptverfahren vor dem verweisenden Gerichte und dem Hauptverfahren vor dem Gerichte höherer Ordnung zu zerreißen.

II. Staatsanwalt Dr. Müller in München.

---

**Das Zeugnisverweigerungsrecht der unehelichen Kindsmutter im Vaterschafts- und Unterhaltsprozesse.** Das uneheliche minderjährige Kind Karoline F. hatte durch seinen Vormund gegen den verheirateten Jakob D. Klage auf Vaterschaft und Unterhalt zum Amtsgerichte M. gestellt. Der Beklagte benannte die Kindsmutter Karoline F. als Zeugin dafür, daß er innerhalb der einrechnungsfähigen Zeit den Beischlaf mit ihr nicht vollzogen habe und sein gegenteiliges anfängliches Geständnis somit unrichtig und irrtümlich gewesen sei. Das um die Beweisaufnahme ersuchte Amtsgericht St. nahm ein Protokoll auf, in welchem die Kindsmutter unbeeidigt nach Angabe ihrer persönlichen Verhältnisse lediglich erklärte: „Ich verweigere die Aussage." Der Beklagte bestritt bei der weiteren Verhandlung die Rechtmäßigkeit dieser Zeugnisverweigerung, weil ein Fall der Aussagepflicht nach § 385 Nr. 3 CPO. vorliege. Das Prozeßgericht erklärte durch Zwischenurteil „den von der Zeugin Karoline F. für die Verweigerung ihrer Aussage angegebenen Grund für erheblich" und begründete dies damit, daß die Zeugin ihre Eigenschaft als Mutter der Klägerin zwar nicht ausdrücklich als Weigerungsgrund angegeben habe, sich aber ganz offenbar hierauf und zwar mit Recht stütze; denn § 385 Abs. 1 Nr. 3 CPO. sei mangels Verwandtschaft des unehelichen Kindes mit dem Vater und sohin mangels familienrechtlicher Eigenschaft des geforderten Unterhalts nicht anwendbar. Hiegegen legte der Beklagte sofortige Beschwerde mit der Begründung ein, trotz der Nichtverwandtschaft bestehe zwischen dem unehelichen Kind und dessen Vater immerhin ein gewisses „Familienverhältnis", da ersteres ja legitimiert und ehelich erklärt werden könne, die Unterhaltspflicht auch auf die Erben übergehe. Der Grund des § 385 treffe hier ebenfalls zu, da sonst der Beklagte beweislos gestellt sei. Von einer allenfallsigen Unehre für die Zeugin könne keine Rede mehr sein, nachdem sie selbst zum Protokoll des Vormundschaftsgerichts den Beklagten als Vater bezeichnet habe. Vollends bei Verneinung der Frage sei jede Unehre ausgeschlossen. Außerdem habe die Zeugin nicht einmal den Versuch einer Glaubhaftmachung gemacht. Das Landgericht München I wies die Beschwerde als unbegründet zurück.

Aus den Gründen: „Das uneheliche Kind ist im Sinne der CPO. wie des BGB. nur mit der Mutter, nicht mit dem Vater verwandt (§§ 1705, 1589 Abs. 2 BGB.; Art. 32 EG. z. BGB.; Bl. f. RA. LXVI 251). Es trifft also § 383 Nr. 3 CPO. wohl im Verhältnisse der Mutter, nicht aber des Vaters zum Kinde zu. Damit ist aber noch nicht ausgeschlossen, daß der Unterhaltsanspruch gegen den Vater ein familienrechtlicher ist (RGE. in StS. XXXIV 427) oder das uneheliche Kind zu seinem Vater aus besonderen Gründen ebenso in einem Familienverhältnis stehen kann, wie zu einer dritten nicht verwandten Person; denn der Begriff der Familie in der CPO. ist auf die Blutsverwandten nicht beschränkt (vgl. § 811 CPO. und Gaupp, Komm. I 829 II 549). Im vorliegenden Falle ist jedoch ein solches besonderes, z. B. Pflegeverhältnis gar nicht behauptet, auch offenbar nicht vorhanden. Auf die Natur des Unterhaltsanspruchs (vgl. Entsch. in StS. XXXIV 427 gegen XXXVI 1) braucht aber deswegen nicht näher eingegangen zu werden, weil die Zeugnisverweigerung jedenfalls aus § 384 Nr. 2 CPO. gerechtfertigt ist und hievon eine Ausnahme auf Grund des § 385 überhaupt nicht besteht. Dieser Zeugnis-



verweigerungsgrund ist zwar ebensowenig wie die Verwandtschaft ausdrücklich angegeben; er ergibt sich aber offensichtlich und ohne weiteres aus dem Beweissatz selbst und bedarf daher keiner weiteren Darlegung und Glaubhaftmachung (Jur. Wschr. 1896 S. 130; 1900 S. 15; 1903 S. 241). Daß die Befragung über den außerehelichen Beischlaf unter § 384 Nr. 2 (Unehre, Vergehen des Ehebruchs) fällt, kann füglich nicht bezweifelt werden und ist in der Rechtsprechung anerkannt (S. o. E. III 531; Jur. Wschr. 1898 S. 116). Unerheblich erscheint es nach dem Zwecke des Gesetzes, ob die Zeugin bereits anderweitig Aussagen über den betreffenden Punkt gemacht hat; denn selbst wenn diese Aussage eine gerichtliche gewesen wäre, würde die Zeugin jederzeit in der Lage sein, die nochmalige Befragung darüber abzulehnen (RGE. in StS. XXXVI 1 und Bl. f. RA. EB. X 175). Ob einer Partei hiedurch die Beweisführung erschwert oder gar unmöglich gemacht wird, kommt nicht in Betracht. Uebrigens könnte schon in der Tatsache, daß die Kindsmutter ihre frühere Beischlafsbehauptung nicht einmal vorläufig unbeeidigt wiederholt, ein erhebliches Beweismoment gelegen sein, insofern nicht Verdacht des Einverständnisses besteht.“ Die weitere Beschwerde des Beklagten wurde vom Oberlandesgericht München als unzulässig verworfen und und hiefür der Streitwert auf 200 Mk. festgesetzt. Das Oberlandesgericht erachtete die Verweigerungsgründe sowohl nach § 383 Nr. 3 wie § 384 Nr. 2 CPO. als offenbar aus den Parteibehauptungen und dem Beweisthema ohne weiteres erkennbar und glaubhaft und demnach das Vernehmungsprotokoll für zureichend, sohin einen Prozeßverstoß hierin nicht gegeben. Habe aber das Amtsgericht wie das Landgericht ohne solchen Verstoß die Zeugnisverweigerung für gerechtfertigt erklärt, so könne der Beschwerdeführer mit der weiteren Beschwerde nicht deshalb durchdringen, weil das Landgericht seine Entscheidung auf § 384 Nr. 2, statt wie das Amtsgericht auf § 383 Nr. 3 CPO. gestützt habe. Denn dies bedeute nicht einen Unterschied in der völlig gleichlautenden Entscheidung, sondern lediglich in der Begründung. Für den Beschwerdeführer sei auch der Inhalt der landgerichtlichen Entscheidung nicht ungünstiger als derjenige des Amtsgerichts; denn für den Beklagten bleibe es gleich, ob die Zeugnisverweigerung aus dem einen oder anderen Grunde für rechtmäßig erklärt sei. Da sich vorwürfigen Falles der Wert des Streit- bezw. Beschwerdegegenstands nicht von selbst ergebe, sondern nach richterlichem Ermessen festzusetzen sei, habe das OLG. in Anwendung des § 3 CPO. als Wert des hier lediglich die Zeugnisverweigerung und damit ein einzelnes Beweismittel betreffenden Streits 200 Mk. für entsprechend erachtet. Beschluß des LG. München I vom 27. Juni 1904, des OLG. München vom 19. September 1904. N.

---

**Das „Ersuchen“ des Nachlaßgerichts um Umschreibung der Nachlaßgrundstücke im Hypotheken- oder Grundbuche gemäß §§ 67/9 und 73 der Nachlaßordnung vom 20. März 1903.** Sowohl das bayerische Hypothekengesetz als auch die GBO. (§ 13) bestimmen, daß eine Eintragung, soweit nicht das Gesetz ein Anderes vorschreibt, nur auf Antrag erfolgen soll, und nach § 39 der GBO. erfolgt in den Fällen, in welchen nach gesetzlicher, d. h. reichs- oder landesgesetzlicher Vorschrift eine Behörde befugt ist, das Grundbuchamt um eine Eintragung zu ersuchen, die Eintragung auf Grund des Ersuchens dieser Behörde. Diese Vorschrift bezieht sich auf Eintragungen jeder Art, mögen sie nun rechtsbegründender Natur sein oder zur Herstellung eines der wirklichen Rechtslage entsprechenden Grundbuchinhaltes, also zur Berichtigung des Grundbuches dienen, insbesondere also auch auf die Berichtigung des Grundbuchs aus Anlaß von Todesfällen durch Eintragung des Erben oder der fortgesetzten Gütergemeinschaft. Der Eintritt der Erbfolge oder Fortsetzung der Gütergemeinschaft gehört nicht zu den Fällen, in welchen nach gesetzlicher Vorschrift die Eintragung im Hypothekenbuche oder Grundbuche von Amts wegen erfolgt. Auch besteht weder eine reichsgesetzliche noch eine landesgesetzliche Vorschrift, wonach das Nachlaßgericht befugt wäre, den zur Berichtigung des Grundbuchs erforderlichen Parteiantrag durch sein Ersuchen um Eintragung des Erben oder der Fortsetzung der Gütergemeinschaft zu ersetzen. Der bei der Beratung des bayer. Nachlaßgesetzes vom 9. August 1902 geäußerten Meinung, daß das Nachlaßgericht das Grundbuchamt (Hypothekenamt) um die Eintragung ersuchen könne, ist die Staatsregierung mit dem Bemerken entgegengetreten, daß die Landesgesetzgebung eine Behörde zu einem solchen Ersuchen nur insoweit für befugt erklären könne, als ein reichsgesetzlicher Vorbehalt zugunsten der Landesgesetzgebung reiche, daß aber ein solcher Vorbehalt für die Eintragung des Erben nicht bestehe, und sich insbesondere auch aus dem § 192 des FGG. nicht folgern lasse; etwas anderes sei es aber natürlich, wenn das Nachlaßgericht den Erben veranlassen solle, die Umschreibung im Grundbuche zum Protokoll des Nachlaßgerichts zu beantragen; eine dahin gehende Vorschrift werde allerdings sehr zweckmäßig sein und auch in die Vollzugsvorschriften aufgenommen werden; denn der Eintragungsantrag könne auch nach der Grundbuchordnung an keine Form gebunden werden; das Nachlaßgericht könne also den Eintragungsantrag zu Protokoll aufnehmen und das Protokoll an das Grundbuchamt übersenden, auf Grund des Protokolls des Nachlaßgerichts werde sodann die Umschreibung im Grundbuche vorgenommen, ohne daß der Erbe weitere Schritte zu tun habe. Von diesen Ausführungen erscheint nur die Bemerkung, daß der Eintragungsantrag des Erben an keine Form gebunden sei, nicht ganz bedenkenfrei; denn nach § 22 Abs. II der GBO. darf die Grundbuchberichtigung durch Eintragung des Eigentümers, sofern nicht der Fall des § 14 vorliegt, nur mit Zustimmung des einzutragenden Eigentümers erfolgen (Rspr. d. OLG. Bd. IX S. 532, Recht Bd. VIII S. 364), und nach § 29 der GBO. ist diese Zustimmung, also auch der diese Zustimmung enthaltende Eintragungsantrag des Erben durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachzuweisen, sofern die Erklärung nicht zu Protokoll des Grundbuchamtes abgegeben wird (§ 30 der GBO.). Dies ändert jedoch nichts an der Richtigkeit der übrigen Ausführungen, insbesondere der Bemerkung, daß die Eintragung des Erben im Grundbuche grundsätzlich bloß auf Antrag und mit Zustimmung des Erben erfolgen und daß der Antrag auch zu Protokoll des Nachlaßgerichts erklärt werden kann, welches sodann das Protokoll über den Antrag dem Grundbuchamte zur Erledigung zuleitet; denn

die Zulässigkeit der Aufnahme des Antrags durch das Nachlaßgericht ergibt sich aus § 129 Abs. II des BGB. In den §§ 67/9 spricht nun allerdings die Nachlaßordnung von dem „Ersuchen" des Nachlaßgerichts um Umschreibung im Grundbuche auf die Erben; und auch in dem Beschlusse des Bayr. Oberst. LG. vom 21. Oktober 1904 (Sammlung Bd. V S. 508) ist, wenn auch ohne weitere Begründung, die Rede von einem „Ersuchen" des Nachlaßgerichts, welches das in den §§ 141, 153 des Bayr. Hyp.G. verlangte Zeugnis enthalte. Es kann sich hiebei jedoch nur um eine ungenaue Bezeichnung für die nachlaßgerichtliche Tätigkeit nach gestelltem Eintragungsantrag, welche lediglich in der Uebermittelung des über den Antrag aufgenommenen Protokolls an das Grundbuchamt (Hypothekenamt) besteht, handeln. Um Mißverständnissen vorzubeugen und zu verhüten, daß dem sogenannten Ersuchen des Nachlaßgerichts eine ihm nicht zukommende Bedeutung beigelegt werde, dürfte es sich daher empfehlen, bei der Uebermittelung des nachlaßgerichtlichen Protokolls über den Eintragungsantrag den Ausdruck: „Ersuchen" überhaupt zu vermeiden, und das Protokoll lediglich unter Bezugnahme auf den in ihm enthaltenen Eintragungsantrag dem Grundbuchamte bzw. Hypothekenamte zu übersenden. Dadurch würde auch verhütet werden, daß der nachlaßgerichtlichen Tätigkeit, welche, wie gezeigt, in Wirklichkeit nur in der Uebersendung des Protokolls über den Eintragungsantrag an das Grundbuchamt oder Hypothekenamt besteht, die Bedeutung eines nachlaßgerichtlichen Zeugnisses über die Erbfolge oder die Fortsetzung der Gütergemeinschaft beigelegt werde, eine Bedeutung, die wohl die meisten Nachlaßgerichte selbst ihrem „Ersuchen" kaum beilegen, und welche ihm auch nach den maßgebenden Bestimmungen des BGB., welches außer dem Erbschein und dem Zeugnisse über Fortsetzung der Gütergemeinschaft weitere Zeugnisse des Nachlaßgerichts über erbrechtliche Rechtsnachfolge nicht kennt, nicht beigelegt werden kann.

Oberamtsrichter Weber in Werneck.

---

**Kann durch einen Strafbefehl die Strafe des Verweises festgesetzt werden?** Mit den Ausführungen des Herrn Verfassers der über diese Frage in Nr. 9 veröffentlichten Abhandlung kann man sich nicht einverstanden erklären; es scheint hierbei die Stellung des § 447 im 6. Buch der StPO. nicht scharf genug gewürdigt zu sein. Die in diesem Buch enthaltene Verfahrensart schließt nämlich die übrigen Vorschriften der StPO. insoweit aus, als dies in den §§ 447—452 l. c. bestimmt ist. Nun enthält § 447 Abs. 2 l. c. expressis verbis die Vorschrift, daß durch einen schriftlichen Strafbefehl des Amtsgerichtes keine andere Strafe als Geldstrafe von höchstens 150 Mk. oder Freiheitsstrafe von höchstens 6 Wochen sowie eine etwa verwirkte Einziehung festgesetzt werden kann. In dieser Gesetzesstelle ist somit unzweideutig zum Ausdruck gebracht, daß die Zulässigkeit eines Strafbefehls nicht nur von der Höhe der im konkreten Fall auszusprechenden Strafe abhängt, sondern hauptsächlich und insbesondere von der Strafart (cfr. Löwe, Komment. z. StPO. 10. Aufl. zu §§ 417). Daß in einem Strafbefehl des Amtsrichters auf keine andere Strafe als die im § 447 Abs. 2 aufgeführten erkannt werden kann, ist auch aus § 16 Abs. I des Reichsgesetzes betr. den Verkehr mit Nahrungsmitteln rc. vom 14. Mai 1879 in der Fassung des RG. vom 29. Juli 1887 RGBl. S. 276, auch aus § 19 des Ges. betr. den Verkehr mit Wein, weinhaltigen und weinähnlichen Getränken vom 24. Mai 1901 RGBl. S. 175 und anderen Reichsgesetzen zu folgern, nach welchen auch in einem Strafbefehl angeordnet werden kann, daß die Verurteilung auf Kosten des Schuldigen öffentlich bekannt zu machen sei. Wenn in späteren Reichsgesetzen der Gesetzgeber die Aussprechung einer anderen Strafart im Wege des Strafbefehls zugelassen hat, so geschah dies offenbar bewußtermaßen, weil nach § 447 eine Urteilspublikation unzulässig wäre. Für den Fall, daß nach § 57 Ziff. 4 StGB. die Verhängung eines Verweises bei einem jugendlichen Angeschuldigten zwischen dem 12. und dem vollendeten 18. Lebensjahr am Platze ist, soll die Bestrafung im summarischen Verfahren nicht erfolgen, der Verweis als Strafzumessungsgrund vielmehr nach Anhörung des Beschuldigten und kritischer Beurteilung seiner moralischen und intellektuellen Qualität auf Grund unmittelbarer, mündlicher Verhandlung „erkannt" werden, damit möglicherweise noch in der Hauptverhandlung über den jugendlichen Sünder die in concreto angezeigte Geld- oder vielleicht sogar Freiheitsstrafe verhängt werden kann, zumal dem Staatsanwalt weder ein Rechtsmittel noch der Einspruch gegen den genau seinem Antrag gemäß erlassenen Strafbefehl zusteht. (Löwe zu § 448 StPO.) Einem jugendlichen Beschuldigten würde sonst nur zu raten sein, sich dem ihn vernehmenden Polizeiorgan möglichst harmlos zu zeigen, um sich die gesetzliche Wohltat des Verweises von vorneherein zu sichern. Die Gerechtigkeit hat aber doch das größte Interesse daran, daß niemand — auch nicht der jugendliche Beschuldigte, welcher bei Begehung der Tat die zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht besaß — in fraudem legis der wohlverdienten Strafe entgeht, und der Staat als Wahrer der öffentlichen Rechtsordnung keinen Schaden leidet. De lege lata ist somit die Erlassung eines Verweises im Wege des amtsgerichtlichen Strafbefehls unzulässig, weshalb sich auch mit Recht das preußische Justizministerium gegen die Erlassung eines Verweises durch einen Strafbefehl ausgesprochen hat.

Rechtspraktikant Heppt in Würzburg.

---

# Aus der Praxis der Gerichte.

## Reichsgericht.

### I.

**Zu §§ 868, 869, 854, 859 BGB.** Der Enteignungsberechtigte übt verbotene Eigenmacht, wenn er zwar mit Zustimmung des Eigentümers, aber ohne solche des Pächters das Pachtland in Besitz nimmt.

Aus den Gründen: Soweit die fraglichen Parzellen sich im Pachtbesitz des Klägers befanden, hatte dieser die tatsächliche Gewalt, also den (unmittelbaren) Besitz, während der Eigentümer B. N. nur durch Vermittelung des Klägers (mittelbarer) Besitzer (§ 868) und als solcher nicht in der Lage war, durch Einigung mit dem Unternehmer den Besitz des Klägers aufzuheben und — ohne dessen Zustimmung — auf den Unternehmer zu übertragen. Hat sonach die Beklagte den Kläger ohne dessen Willen im Besitze gestört, so lag, sofern nicht das Gesetz die Störung

gestattete, verbotene Eigenmacht (§ 858) vor. Eine Vorschrift, welche in einem solchen Falle die Entziehung oder Störung des Besitzes gestattet, ist der § 16 des Preuß. Enteign.Ges. nicht. Die Befugnis des Unternehmers zu vorzeitiger Besitzergreifung beruht nicht auf dem Gesetze, sondern auf der Einigung unter den Beteiligten, zu denen, wenn es sich um Ueberlassung des Besitzes handelt, auch der im Besitze befindliche Nebenberechtigte zu rechnen ist. Die nachfolgende Enteignung aber vermag nicht rückwirkend eine widerrechtliche Handlung zu einer dem dadurch Verletzten gegenüber berechtigten zu machen. Eine andere Frage ist, ob der Beklagten bei Vornahme der besitzstörenden Handlung ein nach § 823 BGB. zum Ersatze des dadurch verursachten Schadens verpflichtendes Verschulden zur Last fällt? Diese Frage ist von dem Berufungsrichter nicht aus dem richtigen Gesichtspunkte geprüft und beantwortet, weil er eben mit Unrecht den Besitzeingriff der Beklagten für einen rechtmäßigen hielt. (Urt. V 400/04 v. 19. April 1905.)

— — — r.

II.

**Zu §§ 116, 154 BGB., 286, 561 CPO.** Urkundenauslegung ist nur aus bestimmten Gründen mittels Revision anfechtbar. Ihr gegenüber kann sich ein Vertragsteil i. d. R. nicht auf Nichtwillensübereinstimmung berufen.

Aus den Gründen: Wie der erkennende Senat mit anderen Senaten des Reichsgerichts stets ausgesprochen hat, ist die Vertragsauslegung der Oberlandesgerichte, als dem Gebiete der Tatsachenwürdigung angehörig, für das Revisionsgericht nach § 561 CPO. bindend und kann sie nur dann etwa mit Erfolg angegriffen werden, wenn der Berufungsrichter durch Annahme unmöglichen Vertragsinhalts oder durch Uebergehen wesentlicher Tatsachen und Beweise den § 286 CPO. oder durch Verstöße gegen unzweifelhaft anzuwendende zivilrechtliche Auslegungsvorschriften diese verletzt hat. . . . Jede Vertragsauslegung hat an sich die Bedeutung, daß damit der beiderseitige Vertragswille festgestellt werden soll. Zum Ueberfluß stellt das OLG. sogar noch ausdrücklich unter Bezugnahme auf alle vorliegenden Umstände fest, daß auch der Vertragswille der Beklagten in gleicher Richtung ging wie der der Klägerin. Hieran muß der Revisionsangriff, womit nun Nichtwillensübereinstimmung der Vertragsteile und daher Ungültigkeit des ganzen Vertrages geltend gemacht wird, scheitern. Eine nachträgliche Willensänderung kann das nicht entkräften, was als ursprünglich gewollt bedenkenfrei festgestellt ist. (Urt. V 564/04 v. 17. Mai 1905.)

— — —r.

III.

**Zur Lehre von der Rückbürgschaft.** Schw. eröffnete der D.'schen Maschinenfabrik G. m. b. H., einen Kredit von 50 000 Mk., nachdem Kläger, Beklagter und der Kaufmann H. Bürgschaft für die Forderungen aus der Kreditgewährung übernommen hatten. Kläger verlangte vor Unterzeichnung des Bürgschaftsscheins, daß H. und der Beklagte ihn gegebenenfalls schadlos halten sollten. H. stellte eine solche Erklärung aus. Beklagter schrieb an Kläger am 25. April 1901, daß er ihn für die Hälfte des beim Bankhaus Schw. erhobenen Betrags schadlos halten werde. Ende 1901 geriet die D.'sche Maschinenfabrik in Konkurs, nachdem sie den Kredit in Anspruch genommen hatte. Auch H. geriet in Konkurs. Kläger mußte auf Grund der Bürgschaft an Schw. 17 300 Mk. zahlen; Beklagter hat auf Grund der Bürgschaft 15 000 Mk. bezahlt. Kläger verlangt jetzt vom Beklagten vollen Ersatz, weil dieser sich verpflichtet habe, ihn bis zur Hälfte des von Schw. eröffneten Kredits (25 000 Mk.) schadlos zu halten. Beklagter meint, er habe sich nur verpflichtet, die Hälfte des vom Kläger an Schw. gezahlten Betrags zu erstatten. Außerdem dürfe er als Mitbürge den von ihm gezahlten Betrag von 15 000 Mk. in Höhe von 3 750 Mk. nach § 773 Ziff. 3, 774, 769, 426 BGB. aufrechnen. Das Oberlandesgericht hat der Klage stattgegeben. Die Revision wurde verworfen.

Aus den Gründen: Das Oberlandesgericht hat die Erklärung des Beklagten, er werde den Kläger für die Hälfte des bei Schw. erhobenen Betrags schadlos halten, mit Recht als Rückbürgschaft bezeichnet. Ueber diese enthält das BGB. keine besonderen Bestimmungen. Solche wurden nach der Begr. Bd. II S. 676 für nicht erforderlich erachtet, weil für die Rückbürgschaft die allgemeinen Vorschriften für die Bürgschaft gelten. Beklagter steht zum Kläger in doppelter Rechtsbeziehung. Gegenüber Schw. ist er Mitbürge des Klägers. Für den Rückgriff des Klägers an die D.'sche Maschinenfabrik ist er Hauptbürge des Klägers zusammen mit H. Beklagter und H. sind insoweit Mitbürgen. Verbürgen sich mehrere für dieselbe Verbindlichkeit, so haften sie als Gesamtschuldner, auch wenn sie die Bürgschaft nicht gemeinschaftlich übernehmen (§ 769 BGB.). H. und der Beklagte würden also dem Kläger als Gesamtschuldner haften, wenn nicht eine anteilige Haftung mit dem Kläger vereinbart ist. Eine solche Vereinbarung liegt nicht vor. Durch die Erklärung vom 25. April 1901 hat Beklagter eine Höchstgrenze der Haftung bestimmt, nicht aber eine anteilige Haftung bedungen. Der Hinweis auf das bei Schw. Erhobene ist vom Berufungsgericht mit Recht auf die Summe bezogen worden, die Schw. der Gesellschaft vorschießen würde. Diese Auslegung widerspricht nicht, wie die Revision meint, dem Wesen der Bürgschaft. Es entspricht im Gegenteil dem Wesen der Kreditbürgschaft, daß der Bürge gegenüber einem dem Schuldner zu eröffnenden, dem Betrage nach unbestimmten und nur im Höchstmaße begrenzten Kredite seine Haftung auf eine bestimmte Summe beschränkt. Da feststeht, daß die vom Kläger an Schw. gezahlten Beträge die Hälfte von 50 000 Mk. nicht erreichen, ist der Beklagte zahlungspflichtig. Die Gegenforderung des Beklagten zu 3 750 Mk. ist unbegründet. Hat der Beklagte als Rückbürge den Kläger für alles, was dieser aus der Bürgschaft zu zahlen hat und nicht von der Hauptschuldnerin ersetzt erhält, schadlos zu halten, so müßte er ihn auch dafür entschädigen, daß er vom Beklagten als Mitbürge nach §§ $773^3$, 774, 426 BGB. belangt würde. Eine Partei kann aber nicht verlangen, was sie selbst wieder aus einem anderen Grunde zurückzahlen müßte. Die vom Kläger an Schw. geleisteten Zahlungen und die Ausgleichsschuld von 3 750 Mk. betragen zusammen weniger, als die Summe, zu deren Zahlung Beklagter verpflichtet ist, nämlich weniger als 25 000 Mk. (Urt. des IV. CS. vom 27. April 1905).

— — — n.

IV.

**Teilurteil im Eheprozesse. Verbindung von Scheidungs- und Anfechtungsklage.**[1] Kläger klagt auf Erklärung der Nichtigkeit der Ehe wegen Irrtums über persönliche Eigenschaften (Gesundheitszustand) der Beklagten und wegen arglistiger Täuschung. Eventuell erhob er Scheidungsklage, gestützt auf § 1568 BGB. Beklagte bestritt die Behauptungen, beantragte Abweisung der Klagen und erhob Widerklage mit dem Antrag, die Ehe zu scheiden und den Kläger für schuldig zu erklären. Das Landgericht setzte das Verfahren über die Scheidungsklage bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Anfechtungsanspruch aus und wies die Anfechtungsklage und die Widerklage ab. Auf Berufung des Klägers erließ das Oberlandesgericht ein Zwischenurteil, daß das Teilurteil des Landgerichts, soweit es

[1] Vgl. hiezu die in Nr. 3 S. 81 f. abgedruckten reichsgerichtlichen Erkenntnisse.



über die Anfechtungsklage entscheidet, für prozessual zulässig erklärt werde; zugleich wurde Beweiserhebung über die angebliche Täuschung des Beklagten angeordnet. Nach dieser wies das Berufungsgericht die Berufung zurück. Auf Revision des Klägers wurden das Urteil des Oberlandesgerichts und das Urteil des Landgerichts aufgehoben und die Sache ans Landgericht zurückverwiesen.

Aus den Gründen: Das Teilurteil, durch welches das Landgericht die Anfechtungsklage und die Widerklage abwies und die Entscheidung auf die mit der Anfechtungsklage nach § 615 CPO. verbundene Scheidungsklage des Klägers einem späteren Urteile vorbehielt, verstößt gegen die Bestimmungen des Verfahrens in Ehesachen (vgl. RG. Bd. 58 S. 307, 315 f.). Unzulässig ist zunächst ein Teilurteil in einer Ehesache, wenn von beiden Teilen Scheidung begehrt wird, gleichviel ob der Klage oder Widerklage stattgegeben oder auf Abweisung erkannt wird. Aber auch die Abweisung der Anfechtungsklage durch Teilurteil war unzulässig. Ergeht bei Verbindung der Anfechtungsklage mit der Scheidungsklage auf erstere ein abweisendes Teilurteil in 1. Instanz, während die Entscheidung auf letztere Klage vorbehalten wird, so ist es möglich, daß in derselben Ehesache in mehreren Instanzen verhandelt wird und Entscheidungen ergehen, die nicht miteinander vereinbar sind. Das Landgericht glaubte eine solche Möglichkeit dadurch ausschließen zu können, daß es das Verfahren über die Scheidungsklage bis zur Rechtskraft der Entscheidung über die Anfechtungsklage aussetzte. Damit ist aber jene Möglichkeit nicht endgültig beseitigt. Denn die Aussetzung kann auf Beschwerde aufgehoben werden (§ 252 CPO.). Auch der vom Berufungsgericht bezeichnete Weg, daß ein im Widerspruch mit der endgültigen Entscheidung über die Anfechtungsklage stehendes Schlußurteil über die Scheidung durch Berufung beseitigt werden könne, bietet keine Gewähr; denn es ist nicht ausgeschlossen, daß die endgültige Entscheidung über die Anfechtungsklage erst nach Ablauf der Berufungsfrist in der Scheidungssache erlassen wird. Es zeigt sich sonach auch hier, daß nur bei gleichzeitiger Entscheidung des gesamten Streitstoffs eine den Fortbestand der Ehe in Frage stellende Ehesache sachgemäß erledigt werden kann. (Urt. des IV. CS. vom 4. Mai 1905.)

— — n.

---

## Oberstes Landesgericht.

### A. Civilsachen.

**Der befreite Vorerbe kann, wenn das Recht des Nacherben im Grundbuche nicht eingetragen ist, eine Nachlaßhypothek nur mit Zustimmung des Nacherben abtreten. §§ 41, 52 GBO., §§ 2136, 2113 Abs. 2 BGB.** Für eine Forderung der Eheleute H. und E. K. ist eine Sicherungshypothek an einem Grundstücke eingetragen. E. K. ist gestorben. Auf Grund eines Erbvertrags ist ihr Mann Vorerbe geworden und sind ihre Kinder als Nacherben auf das berufen, was nach dem Tode des Vorerben übrig sein wird. H. K. hat als Vorerbe die Forderung mit der Hypothek an X. abgetreten und „in seiner besagten Eigenschaft handelnd“ die Umschreibung im Grundbuche beantragt. Das Grundbuchamt lehnte die Umschreibung ab, weil H. K. ohne Mitwirkung der im Grundbuche noch nicht eingetragenen Nacherben die Forderung nicht abtreten könne. Die Beschwerde des H. K. wurde zurückgewiesen. Das gleiche Schicksal hatte seine weitere Beschwerde aus folgenden Gründen: Der Antrag des Beschwerdeführers geht dahin, die Uebertragung der Hypothekenforderung, soweit diese zum Nachlasse der E. K. gehört, auf Grund seiner Bewilligung nach § 41 GBO. ohne Eintragung der infolge des Erbfalls in der Person des Gläubigers eingetretenen Aenderung einzutragen. Die im § 41 GBO. zugelassene Vereinfachung der Eintragung der Uebertragung eines zum Nachlasse des eingetragenen Berechtigten gehörenden Rechtes setzt aber voraus, daß der Erbe, der die Eintragung bewilligt, über das Recht geradeso verfügen kann, wie der Erblasser verfügen konnte, daß die sich aus der Eintragung des Erblassers ergebende Verfügungsmacht ihm ungeschmälert zusteht. Im Falle der Anordnung einer Nacherbfolge ist die Verfügungsmacht des Vorerben, auch wenn er von den in § 2136 BGB. bezeichneten Beschränkungen befreit ist, insofern keine unbeschränkte, als Verfügungen, die unentgeltlich oder zum Zwecke der Erfüllung eines von dem Vorerben erteilten Schenkungsversprechens erfolgen, nach Maßgabe des § 2113 Abs. 2 BGB. im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam sind, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würden. Es ist nicht Aufgabe des Grundbuchamts, festzustellen, ob die Uebertragung des Rechts, dessen Eintragung beantragt wird, etwa eine unter die Beschränkung des § 2113 Abs. 2 fallende Verfügung enthält, die Berufung auf die Unwirksamkeit der Uebertragung muß vielmehr dem Nacherben gegenüber einer Uebertragung, zu der die Eintragung erforderlich ist, geradeso gewahrt bleiben wie sie ihm gegenüber anderen Uebertragungen, z. B der Veräußerung einer beweglichen Sache, freisteht. Mit Rücksicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs ist deshalb im § 52 GBO. vorgeschrieben, daß bei der Eintragung eines Vorerben zugleich das Recht des Nacherben und, soweit der Vorerbe von den Beschränkungen seines Verfügungsrechts befreit ist, auch die Befreiung von Amtswegen einzutragen ist (vgl. Denkschrift z. GBO., Ausgabe Heymann S. 58). Ist dies geschehen, so ergibt sich die Beschränkung der Verfügungsmacht des Vorerben aus dem Inhalte des Grundbuchs, die auf Grund seiner Bewilligung erfolgende Eintragung läßt das eingetragene Recht des Nacherben unberührt, und es ist nicht erforderlich, daß der Vorerbe in der Bewilligung, die er als Vorerbe erteilt, das Recht des Nacherben ausdrücklich vorbehält. Soll aber eine Uebertragung in Gemäßheit des § 41 GBO. ohne Eintragung des Vorerben und des Rechtes des Nacherben eingetragen werden, so ist die Zustimmung des Nacherben erforderlich, erst durch sie wird die Verfügungsmacht des Vorerben zu einer unbeschränkten (vgl. den Beschluß des Kammergerichts Berlin vom 16. Februar 1903, Entsch. FG. Bd. 3 S. 250). Beschl. I C.-S. Reg. III 20/1905 v. 18. März 1905.

Mitgeteilt von E. Yblagger, Rat am Obersten Landesgerichte.

---

### B. Strafsachen.

**Zum Begriffe der Erregung von Aergernis im Sinne des § 360 Nr. 13 StGB.** Aus den Gründen: Das Berufungsgericht hält nicht für erwiesen, daß die Mißhandlung des Tieres öffentlich erfolgte, weil sie, wenn auch auf einer öffentlichen Straße, doch im Dunkel der Nacht geschah. Dagegen nahm es an, daß sie in Aergernis erregender Weise vorgenommen wurde, weil die Folgen der zahllosen Stockhiebe nach der Schlachtung des Tieres vom Fleischbeschauer beobachtet wurden und dessen Entsetzen über die Roheit der Mißhandlungen hervorgerufen haben. Dabei nahm der Zweitrichter an, daß es zur Erfüllung des Tatbestands des § 360 Nr. 13 StGB. genügt, wenn hinterher die Spuren der Mißhandlung zutage treten und das Aergernis des Beschauers erregen. Dieser Auffassung muß beigetreten werden. Das Gesetz erfordert nicht, daß das Aergernis bei Verübung der Tat und bei einem Augenzeugen erregt sein muß; es genügt, wenn ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Tat und dem Aergernis besteht (vgl. Entsch. d. OLG. München Bd. 10 S. 217, GoltdArch. Bd. 15 S. 291). (Urt. vom 20. Mai 1905).

— — — n.

## Oberlandesgericht München.

**Gesetzliche Vertretung des Bayerischen Staatsärars bei Forderungspfändungen zugunsten von Gerichtskosten und bei Widerspruchsklagen gegen derartige Pfändungen. Anwendbarkeit des Art. 2 AG. z. CPO. Umfang der Glaubhaftmachung des Widerspruchsrechts.** Am 26. Januar 1904 erwirkte „das Kgl. Bayer. Staatsärar, gesetzlich vertreten durch das Stadtrentamt M." gegen den Architekten S. wegen 554 Mark 56 Pfg. Gerichtskosten Pfändungs- und Ueberweisungsbeschluß bezüglich des Herausgabeanspruchs auf die Mietzinse zweier Häuser des Schuldners, deren Betrag wegen Beschlagnahme gerichtlich hinterlegt war. Ehe die Auszahlung erfolgte, machte die Klägerin B. auf die hinterlegten Beträge kraft älterer Zessionen des Schuldners bessere Rechte geltend und verständigte hievon erstmals am 11. März 1904 das genannte Rentamt. Dieses verlangte Bescheinigung der behaupteten Rechte, worauf sich eine längere Korrespondenz entspann. Unterdessen erwirkte die Klagspartei am 21. März 1904 einen amtsgerichtlichen Einstellungsbeschluß mit Frist bis 1. Mai 1904; letztere wurde wiederholt, zuletzt bis 25. Juni 1904, auf gemeinsamen Parteiantrag verlängert. Als Glaubhaftmachungsmittel bezeichnete die Klagspartei zunächst das Offenbarungseidsprotokoll des Schuldners vom 1. Dezember 1903, das seitens des Stadtrentamts auch bei Gericht eingesehen wurde. Darin bestätigte der Schuldner hinsichtlich der Mietzinse des Anwesens an der G.-Straße ausdrücklich die Zession an die Klagspartei als bereits im Frühjahr 1903 geschehen, während er hinsichtlich des Anwesens an der M.-Straße lediglich die angeblich am 20. März 1903 betätigte Zession, jedoch ohne Bezeichnung eines Zessionars, erwähnte. In den Akten betr. die einstweilige Einstellung hatte der Schuldner ferner die Richtigkeit der klägerischen Zessionsbehauptungen unter Eidesangebot versichert und am 29. Mai 1904 wurde auch die privatschriftliche Zession d. d. 20. Juni 1903 hinsichtlich des Anwesens an der M.-Straße dem Stadtrentamte vorgelegt. Die Klagspartei drängte nunmehr auf Erledigung, weil sonst Klage gestellt werden müsse. Da gleichwohl Freigabe nicht erfolgte, richtete die Klagspartei zunächst am 18. Juni 1904 an das Kgl. Staatsministerium der Finanzen unter Darlegung des Sachverhältnisses ein Abhilfegesuch und reichte unterm 23. Juni 1904 Widerspruchsklage ein, die dem Stadtrentamte M. und der vorgesetzten Regierungsfinanzkammer, ersterem am 25., letzterer am 29. Juni 1904, zugestellt wurde; gleichzeitig erging Beschluß auf Fortdauer der Einstellung durch Weiterhinterlegung. Termin wurde auf 19. September 1904 anberaumt. Am 1. September 1904 bestellte das Aerar einen Anwalt und dieser kündigte den Antrag auf Klagsabweisung an. Am 10. September 1904 erklärte er jedoch dem klägerischen Anwalt, daß das Aerar gegen die Auszahlung der beanspruchten Beträge nichts mehr einzuwenden habe; eine sonstige Mitteilung der Finanzbehörden war bis dahin dem Klageteil nicht zugekommen. Im Verhandlungstermin beantragte die Klagspartei Ueberbürdung der Kosten auf das beklagte Aerar, weil es trotz Bescheinigung der besseren Rechte die Freigabe verzögert und damit zu der Klage Veranlassung gegeben habe. Beklagterseits wurde dagegen Ueberbürdung der Kosten auf die Klagspartei beantragt, weil zur Vertretung des Aerars ausschließlich die Regierungsfinanzkammer zuständig gewesen wäre, diese aber von der Sachlage überhaupt erst durch die Klageschrift Kenntnis erhalten und nicht früher als geschehen, die Freigabe habe erklären können, da noch Erhebungen erforderlich gewesen seien. Es sei auch die vom Kläger beigebrachte Glaubhaftmachung durchaus nicht zureichend gewesen; hinsichtlich des Anwesens G.-Straße liege bis heute eine Zessionsurkunde nicht vor. Erklärungen des Schuldners allein könnten unmöglich genügen. Aus dem Vorgebrachten erhelle weiter, daß die Klage vorzeitig unter Nichtbeachtung des Art. 2 AG. z. CPO. erhoben worden sei; es sei deshalb auch die dort normierte Frist niemals in Lauf gekommen. Die Klagestellung wäre auch nicht so eilig gewesen, da möglicherweise das Stadtrentamt die Klagefrist nach § 769 CPO. nochmals verlängert haben würde und vom Aerar jederzeit Ersatz des etwa inzwischen erhobenen Betrags zu erlangen sei. Das Prozeßgericht überbürdete die Streitskosten dem Aerar und führte aus, wenn auch über Art und Maß der nach §§ 93, 771 CPO. erforderlichen Glaubhaftmachung Streit herrsche, so habe die Praxis der mit der Vollstreckung zunächst befaßten Instanzgerichte doch stets daran festgehalten, daß dem Pfandgläubiger genügen soll, was dem Gericht zur Einstellung genügt und daß die Beweismittel nicht nachgesendet, sondern bloß bezeichnet zu werden brauchen (vgl. RG. in Jur.Wschr. 1902 S. 214; Samml. o. E. XII 311; Falkmann, ZwV. 1. Aufl. S. 129). Dabei sei allerdings vorausgesetzt, daß die Einstellungsbeschlüsse gemäß § 769 CPO. sachgemäß begründet und die Beweismittel zur Einsicht auf der Gerichtsschreiberei oder anderswo offen gehalten werden. Im vorliegenden Falle sei mindestens seit Ende Mai 1904 die Glaubhaftmachung in vollem Umfange erfolgt gewesen, da hierzu die eidlichen Angaben des Schuldners im Zusammenhalt mit der Zessionsurkunde genügten. Auch sei die Verweisung auf die Zahlungsfähigkeit des Aerars gegenüber einer Rückforderungsklage unbehelflich, da das Recht des Widerspruchsklägers auf alsbaldige Pfändungsbeseitigung sich schon daraus ergebe, daß die Anordnung des § 769 CPO. des Nachweises einer Verlustgefahr nicht bedürfe. (Ztschr. f. VollstrR. 1895 S. 56.) Was den Einwand der mangelnden Vertretungsbefugnis des Stadtrentamts und der Nichtbeachtung des Art. 2 AG. betreffe, so stehe dies untereinander im engsten Zusammenhang. Allerdings komme die gesetzliche Vertretung regelmäßig der Regierungsfinanzkammer zu (§ 87 Form.VO. vom 17. Dezember 1825) und sei deshalb das Abhilfegesuch solchenfalls an deren nächstvorgesetzte Behörde, also das Finanzministerium, zu richten (n. S. II 343). Im gegenwärtigen Falle aber habe nach Art. 287 ff. GebG., 4 ff. AG. z. CPO. und den dazu erlassenen Vollzugsbestimmungen (K. VO. vom 14. Juli 1879 und 23. Dezember 1899) insbesondere auch nach §§ 58, 96 Fin.MB. vom 27. Dezember 1899 (Fin.MBl. S. 375, 392) das Rentamt selbst das Beitreibungsrecht auf Grund seines Ausstandsverzeichnisses. Bei Forderungspfändungen habe das Finanzamt allerdings vorher unverzüglich an die vorgesetzte Stelle zu berichten und diese dann das Erforderliche zu veranlassen; die in dringenden Fällen direkt anzugehenden Regierungsfiskalate hätten solchenfalls die Pfändungsanträge bei Gericht entweder selbst zu stellen oder hiermit das Finanzamt zu betrauen. Diese Vorschriften habe sich die Praxis im Anschluß an die Vertretung in Konkursen (JMBl. 1879 S. 1065) und Einwendungsfällen nach § 766 CPO. (Fin.MBl. 1899 S. 375) dahin zurecht gelegt, daß die Rentämter auch für die Forderungspfändungsanträge kraft Spezialvorschrift selbst zuständig seien. Jedenfalls aber erhelle aus den angeführten Verwaltungsnormen, daß andererseits die Rentämter zur Verbescheidung von Interventionsansprüchen, die sich nicht von vorneherein als sofort begründet erwiesen, nicht selbst zuständig seien, sondern unter Aktenvorlegung alsbald an die vorgesetzte Stelle zu berichten hätten, welche dann das Weitere zu veranlassen habe und entweder dem Rentamtsvorstand oder einem Fiskal oder Rechtsanwalt die Vertretung übertrage (§ 58 Fin.MB. vom 27. Dezember 1899). Hiernach müsse allerdings der Intervenient, wenn er sich überhaupt mit dem Rentamt statt der Regierungsfinanzkammer in Verhandlungen einlassen wolle, schon zur eigenen

Sicherheit Ausweis über die — einer Prozeßvollmacht gleichstehende — Vertretungsbefugnis ad hoc fordern. Alles dies sei bei den Verhandlungen zwischen Klageteil und Stadtrentamt unbeachtet geblieben. Gleichwohl könne sich das Aerar weder auf Art. 2 AG. noch auf § 93 CPO. berufen. Es könne dem Klageteil keinen Vorwurf machen, wenn er angenommen habe, das Stadtrentamt verhandle mit ihm gemäß §§ 58, 96 Fin.MB. namens und auftrags der Regierungsfinanzkammer und es sei nur folgerichtig gewesen, wenn er sein Abhilfegesuch an das Ministerium gerichtet habe, da er sonst gewärtigen mußte, die Finanzkammer werde erklären, das Rentamt handle lediglich in ihrem Auftrag. Auf das Abhilfegesuch sei erst nach elf Wochen Freigabeerklärung ergangen; hätte also der Klageteil sogar die sechswöchentliche Frist des Art. 2 AG., also bis 30. Juli 1904, abgewartet, so hätte er doch keinen Bescheid erhalten und die Klage dann eben in der fünfwöchentlichen Zwischenzeit bis zum 10. September zugestellt, so daß abgesehen von der Spätersetzung des ohnehin gegenstandslos gewordenen Verhandlungstermins ganz die gleichen Kosten erwachsen wären. Daß die Freigabe ohne sofortige Klagestellung früher erfolgt wäre, behaupte beklagte Partei selbst nicht und erscheine auch ganz ausgeschlossen. Daß Klageteil zwischen 30. Juli und 10. September die Klage nicht zugestellt haben würde, behaupte die beklagte Partei wiederum nicht und mangle hierfür auch jeder Anhaltspunkt. Wolle aber beklagte Partei die primäre Zuständigkeit des Stadtrentamts geltend machen und daher die Finanzkammer für sich die Stellung der Abhilfebehörde nach Art. 2 AG. beanspruchen, so nütze ihr dies deshalb nichts, weil ihr selbst am 29. Juni 1904 die Klageschrift zugestellt worden und sie dadurch genau ebenso von dem Sachverhalt Kenntnis erhalten habe, wie durch ein Abhilfegesuch gleichen Inhalts. Letzteres müsse also ebenso durch die Klageschrift materiell ersetzt werden, wie eine Mahnung oder Kündigung (n. S. V 478; RGE. LIII 212). Hätte die Finanzkammer wenigstens innerhalb sechs Wochen von dieser Klagszustellung ab freigegeben, so könnte die Kostenpflicht des Aerars mit Recht bezweifelt werden. Da aber dies unbestritten nicht geschehen, so sei der Schluß gerechtfertigt, daß auch ein förmliches Abhilfegesuch an Stelle der Klage keine raschere Erledigung gefunden hätte. Daß die Erhebungen angeblich längere Zeit als sechs Wochen beansprucht hätten, sei kein im Rahmen des Art. 2 AG. zulässiger Einwand, da der Klageteil nicht auf unabsehbare Zeit an der Rechtsverfolgung gehindert werden soll; deshalb müßten solche dilatorische Bescheide der Abweisung gleichstehen (vgl. Bl. f. RA. Bd. 61 S. 148). Bei Privaten seien übrigens viel kürzere Erklärungsfristen üblich. Das Gericht habe außerdem nach der herrschenden Rechtsprechung die Befugnis von der Nachholung des Abhilfegesuchs ganz abzusehen, wenn Abhilfe doch nicht zu erwarten sei (S. o. E. XIII 49 XV 406), was bei Identität des gesetzlichen Prozeßvertreters mit der Abhilfebehörde vorkommen könne. Selbst wenn man also Art. 2 AG. auch auf Interventionsklagen Dritter anwende (S. o. E. V 727 mache lediglich für eine Widerspruchsklage des Schuldners eine Ausnahme), so treffe die Kostenpflicht nach § 93 CPO. das Aerar. — Hiergegen legte das Aerar sofortige Beschwerde ein, weil das Urteil selbst die Regierungsfinanzkammer als gesetzliche Vertreterin im Interventionsprozesse ansehe, dann aber auch nur ihr gegenüber die Glaubhaftmachung wirksam erfolgen könne; das Abhilfegesuch könne begriffsmäßig nicht durch eine Klagszustellung ersetzt werden, schon weil die letztere keine Fristsetzung enthalte. Endlich müsse wiederholt die Unzureichendheit der Bescheinigung behauptet werden sowie, daß die Regierungsfinanzkammer erst durch rentamtlichen Bericht vom 9. August 1904 über die Sachlage informiert worden sei. Die Beschwerde wurde als unbegründet zurückgewiesen.

Aus den Gründen: „In der Erwägung, daß wie Erstrichter zutreffend ausgeführt hat, dem beklagten Staatsärar schon lange vor der Klagestellung die besseren Rechte der Klägerin in genügender Weise glaubhaft gemacht waren; daß es als durchaus unstatthaft und wider Treu und Glauben verstoßend erachtet werden muß, wenn die Glaubhaftmachung gegenüber einer anderen Behörde als derjenigen, welche die Zwangsvollstreckung, sei es in eigener Zuständigkeit, sei es kraft Auftrags von einer anderen Behörde oder Stelle betrieben hat, verlangt wird; daß die Frage, ob der Vorschrift des Art. 2 AG. Genüge geleistet ist, einer Untersuchung nicht bedarf, da diese Vorschrift auf den Fall einer Widerspruchsklage gemäß § 771 CPO. keine Anwendung findet, indem der erwähnte Art. 2, die wörtliche Wiederholung des Art. 176 Bayer.PO., einen gegen den Fiskus geltend zu machenden Anspruch voraussetzt, während es sich bei der Widerspruchsklage lediglich um eine in der Form der Klage sich bewegende Verteidigung gegen einen Angriff handelt (Seuff.Bl. 41 S. 44, 83; Wernz, Komm. z. BPO. 1871 S. 185; Seuffert, Komm. z. GO. 2. Aufl. Bd. II S. 129 ff.), welche lediglich bezweckt, die Erklärung der Unzulässigkeit dieses Angriffs d. i. der Zwangsvollstreckung herbeizuführen (vgl. Gaupp-Stein, Komm. z. CPO. § 771); daß hiernach die Klagepartei zur Klagestellung durch das längere untätige Verhalten des Beklagten veranlaßt war (Seuff.Bl. 69, 373 ff.)." (Urt. des Landgerichts München I vom 24. Februar 1905 A 2481/04; Beschluß des Oberlandesgerichts München vom 28. April 1905, Beschw.Reg. I 173/05.)

N.

## Oberlandesgericht Bamberg.

**Ist ein ersuchtes Amtsgericht zur Vernehmung von außerhalb seines Bezirkes wohnenden Sachverständigen zuständig? §§ 159, 160, 161 GVG.** Das preußische Amtsgericht C. hatte in einem Beweisbeschlusse das bayerische Amtsgericht W. ersucht, einen in W. befindlichen Zeugen und zwei in O., Reg.-Bezirk Wiesbaden, wohnende Sachverständige zu vernehmen; den Sachverständigen war noch aufgegeben, vor ihrer Vernehmung die strittige, in W. befindliche Farberde zu besichtigen. Das Amtsgericht W. lehnte die Vernehmung der Sachverständigen ab, da sie in seinem Bezirke weder Wohnsitz noch Aufenthalt hätten, also die örtliche Zuständigkeit fehle und diese auch nicht dadurch begründet werde, daß die Sachverständigen in W. eine Besichtigung von Waren vorzunehmen hätten. Das Amtsgericht C. legte die Akten dem OLG. Bamberg vor. Dieses erklärte das Amtsgericht W. für verpflichtet, den Beweisbeschluß zu erledigen aus folgenden Gründen. „Nach § 159 GVG. konnte das Amtsgericht W. das Ersuchen ablehnen, falls ihm die örtliche Zuständigkeit mangelt. Dies ist hier nicht der Fall. Zunächst steht nicht im Wege, daß die Sachverständigen außerhalb des Sprengels des Amtsgerichts W. zu laden wären: denn jedes Gericht, auch das ersuchte, kann im ganzen Deutschen Reiche die zum Zwecke von Ladungen erforderlichen Handlungen herbeiführen (§ 161 a. a. O.). Es darf daher das ersuchte Gericht Personen aus anderen deutschen Bezirken laden, die im Bezirke dieses Gerichts weder wohnen noch sich aufhalten, (Gaupp-Stein, Komm. z. CPO. 6. und 7. Aufl., Vorbem. VII Abs. 2; Wilmowski-Levy, Komm. z. GVG. 4. Aufl., § 159 Nr. 2 Abs. 3). Die in der Jur. Wschr. 1896 S. 365 abgedruckte reichsgerichtliche Entscheidung hat den Fall im Auge, daß das ersuchende Gericht irrig angenommen hatte, der Wohnort der zu vernehmenden Person liege im Sprengel des ersuchten Gerichts und ohne diesen Irrtum letzteres nicht angegangen hätte. Hier hat das Amtsgericht C.

das Amtsgericht W. mit Grund um Erledigung des Beweisbeschlusses ersucht. Die zu untersuchenden Fässer voll Farberde stehen zu W. Ihre Verbringung würde viele Kosten verursachen und könnte eine Veränderung des Inhalts zur Folge haben. Am Platze ist, daß die Sachverständigen unmittelbar vor ihrer Vernehmung die Untersuchung vornehmen; denn auf diese Weise wird das Ergebnis ihnen am getreusten bei ihrer Vernehmung vor Augen stehen. Eine Verbindung von Untersuchung und Vernehmung ist umsomehr angemessen, als die Streitsteile von dem Termine der Untersuchung zu benachrichtigen sind und der Untersuchung wie auch der Vernehmung beiwohnen dürfen. Die Anberaumung des Termins ist Sache des ersuchten Gerichts, welchem das Amtsgericht C. nicht nur die Vernehmung der Sachverständigen, sondern die ganze Erledigung des Beweisbeschlusses überlassen hat, so auch die Sorge, daß die Sachverständigen die richtige Farberde prüfen. Noch während der Vernehmung kann sich Anlaß ergeben, daß die Sachverständigen die Farberde nochmals besichtigen und prüfen: es wäre die nochmalige Prüfung nicht ohne einen neuen Termin möglich, wenn nicht die betreffenden Fässer sich am Vernehmungsorte befänden." (Beschluß I. C.-S. vom 23. März 1905. Beschw.R. 36/05).

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Schäfer in Bamberg.

## Oberlandesgericht Nürnberg.

**Zur Frage der Kostenerstattungspflicht (§ 91 CPO.).** Rechtsanwalt S. in N. stellte am 3. Februar 1905 an das Landgericht N. den Antrag, die seiner Partei vom Gegner auf Grund rechtskräftigen Urteils zu erstattenden Kosten auf 470 Mk. 4 Pfg. festzusetzen. Der Kläger beanspruchte hiebei für 5 von ihm selbst wahrgenommene auswärtige Beweistermine 181 Mk. 65 Pfg. Das Prozeßgericht hat an diesem Posten 112 Mk. 65 Pfg. gestrichen unter folgender Begründung: Jede Partei hat das Recht, im auswärtigen Beweistermine entweder selbst anwesend zu sein oder sich durch einen auswärtigen Anwalt oder ihren Prozeßvertreter vertreten zu lassen. Die verschiedenen Wege sind verschieden teuer; die höheren Kosten sind aber vom Gegner nur zu erstatten, wenn gerade der teuerere Weg zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war. In den auswärtigen Beweisterminen handelte es sich um die Frage, ob in den verschiedenen strittigen Waggons eine bestimmte Sorte Koks verladen wurde und ob ein bestimmtes Gaswerk überhaupt nur eine bestimmte Sorte Koks liefert. Wenn nun der Kläger auch sachkundiger ist als die Rechtsanwälte an den Sitzen des ersuchten Gerichts, so handelte es sich doch um die Beantwortung so einfacher Fragen, daß auch die Rechtsanwälte nach entsprechender Information in der Lage gewesen wären, die Interessen des Klägers bei den Terminen voll zu wahren. Es war daher nicht notwendig, daß der Kläger selbst den einzelnen Terminen beiwohnte; die hiedurch entstandenen Kosten sind nur insoweit erstattungsfähig, als sie die Kosten, die bei der Vertretung durch auswärtige Anwälte entstanden wären, nicht übersteigen. Diese Kosten hätten für jeden einzelnen Fall ungefähr 15 Mk. betragen (nämlich je 7 Mk. ½ Prozeß- und ½ Beweisgebühr und 1 Mk. für Briefe und Porti). Abgehalten wurden 5 Termine, darunter 2 in W. Der Anwalt in W. hätte für den 2. Termin keine Gebühr mehr beanspruchen können (Jur. Wschr. 1901 S. 60); für diese Vernehmung wären nur 1 Mk. Kosten für Briefe und Porti entstanden. Der Termin vor dem Amtsgericht Str. ist abgesetzt worden; der dortige Anwalt hätte nach § 45 Geb.O. f. RA. nur 7 Mk. Gebühren erhalten; außerdem wären auch hier 1 Mk. für Auslagen erwachsen. Hätte sich der Kläger bei den auswärtigen Terminen durch die auswärtigen Anwälte vertreten lassen, so hätte er also insgesamt 69 Mk. Kosten gehabt; nur insoweit sind seine Auslagen zu erstatten. Auf sofortige Beschwerde hin hob das Oberlandesgericht Nürnberg am 16. März 1905 diesen Beschluß auf.

Aus den Gründen: Allerdings sind nach § 91 CPO. nur die Kosten erstattungsfähig, die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig erscheinen; nach der in Bd. 51 S. 11 ff. der Sammlung mitgeteilten Entscheidung des RG. gilt aber der Grundsatz, daß die Wahrnehmung eines Beweistermins ohne Rücksicht darauf, ob es sich um eine einfache oder um eine verwickelte Sache handelt, stets als notwendige Prozeßhandlung zu erachten ist und die hierauf erwachsenen Kosten also erstattungsfähig sind. Da nach § 357 CPO. den Parteien gestattet ist, der Beweisaufnahme beizuwohnen, da auch § 367 CPO. die Anwesenheit der Parteien im Termine zur Beweisaufnahme vorsieht und § 397 a. a. O. ihnen sogar ein Fragerecht einräumt, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß der Partei die Kosten zu erstatten sind, welche ihr durch persönliche Wahrnehmung der Beweistermine erwachsen sind, zumal wenn diese, wie im gegenwärtigen Falle nicht bezweifelt werden kann, niedriger sind als die Kosten, welche die Wahrnehmung der Termine durch den Prozeßbevollmächtigten verursacht hätte, und die nach dem oben erwähnten Grundsatze an sich erstattungsfähig wären".[1]) (Urt. vom 20. März 1905.) M.

## Oberlandesgericht Augsburg.

**Vermietung durch den gesetzlichen Vertreter.** Der Privatier M. hat auf den Beschluß des Amtsgerichts A. vom 10. September 1903, wodurch auf Betreiben seines Gläubigers B. die ersterem gegen den Arbeiter W. zustehenden Mietzinsforderungen gepfändet wurden, gegen B. zum Landgericht A. Widerspruchsklage erhoben, und zwar nicht für sich, sondern für seine beiden von ihm gesetzlich vertretenen minderjährigen Kinder, weil diesen das Eigentum an dem Hause zustehe, in welchem W. wohnte. Das Landgericht A. erklärte am 6. Juni 1904 die Mietzinspfändung vom 10. September 1903 für unzulässig. Dieses Urteil wurde vom Oberlandesgericht Augsburg (II Zivilsenat) am 6. Mai 1905 aufgehoben; die Klage wurde aus folgenden Gründen abgewiesen: Die Miete ist nach dem BGB. ein bloßes Schuldverhältnis zwischen dem Vermieter und Mieter. Durch den Mietvertrag wird der Mieter verpflichtet, dem Mieter den Gebrauch der vermieteten Sache während der Mietzeit zu gewähren, der Mieter dagegen verpflichtet, dem Vermieter den vereinbarten Mietzins zu entrichten, § 535 BGB. Ob die vermietete Sache Eigentum des Vermieters ist, erscheint an sich gleichgültig. Es könnte sogar die dem Mieter selbst gehörige Sache an diesen vermietet werden, wenn dem Vermieter z. B. der Gebrauch hieran zusteht. Das Eigentumsrecht eines

[1]) Anmerkung des Einsenders. Das Oberlandesgericht hat in diesen Ausführungen die erwähnte Plenarentscheidung des Reichsgerichts dahin ausgelegt, daß jede Partei in jedem Falle berechtigt sei, persönlich einem auswärtigen Beweiserhebungstermin beizuwohnen, und daß die hiedurch entstandenen Kosten von dem in die Kosten des Rechtsstreits verurteilten Gegner zu erstatten seien. Diese Auslegung ist m E. bedenklich. Wohl hat die Partei das gesetzliche Recht, eine notwendige Prozeßhandlung, hier einen Beweisaufnahmetermin, wahrzunehmen; ob aber die Prozeßlage die Wahrnehmung des Termins durch die Partei **in Person allein** oder neben einem Anwalt, oder durch den Prozeßbevollmächtigten allein oder durch einen von dem Prozeßbevollmächtigten aufgestellten anderen Anwalt **notwendig** machte, ist von dem Prozeßgericht je nach Lage des Falles und nach der objektiven Notwendigkeit zu entscheiden. Diesen Standpunkt nimmt auch das Reichsgericht in dem mehrerwähnten Plenarbeschluß ein, wenn (S. 16) gesagt wird: „. . . ergibt sich . . . die Folge, daß auch die notwendigen Kosten, welche durch die Wahrnehmung der Beweisaufnahmetermine entstehen, in jedem Falle, gleichviel ob die Beweisaufnahme einfach oder schwierig ist, als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendige Kosten im Sinne des § 91 Abs. 1 CPO. anzusehen sind". (Gleicher Ansicht: Kammerger. 20. Dez. 1902 in Seuff. Arch 58 S. 201; OLG. Bamberg 10. März 1904 Seuff. Arch. 59 S. 472; Jur. Wschr. 1905 S. 178 und Oberst. LG.)

Dritten an dem Mietobjekte kommt nur insoweit in Frage, als es an dem Dritten gegen den Willen des Vermieters geltend gemacht und dadurch dem Mieter der Gebrauch der Sache entzogen wird, § 541 BGB. Wendet man diese Sätze hier an, so ergibt sich ohne weiteres, daß die Behauptung der Kläger, Eigentümer des in Frage stehenden Hauses zu sein, für sich allein nicht genügen kann, den Widerspruch gegen die Pfändung vom 10. September 1903 zu rechtfertigen. Es hätte die weitere Behauptung hinzutreten müssen, daß der Mietvertrag mit W. seitens des M. im Namen seiner minderjährigen Kinder geschlossen worden sei; eine solche Behauptung ist aber weder in der Klage noch später aufgestellt worden. Auch kann nicht angenommen werden, daß M. den Mietvertrag nicht in seinem Namen abschließen wollte; denn ihm stand kraft seiner elterlichen Gewalt nach § 1649 BGB. die Nutznießung an dem ganzen Vermögen seiner Kinder, insbesondere auch an dem Hause zu, das nicht etwa freies Vermögen, dieses nach §§ 1650 und 1651 BGB. war, so daß dem Vater M. allein das Recht gebührte, über dieses Haus oder dessen Teile einen Mietvertrag abzuschließen.

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Donle in Augsburg.

## Aus der Praxis des bayer. Verwaltungsgerichtshofs.

Die soeben erschienene 5. und 6. Lieferung der Sammlung von Entscheidungen des VGH. enthält drei Erkenntnisse des 2. Senats, die sich mit den Bestimmungen über die religiöse Kindererziehung in materiellrechtlicher wie prozessualer Beziehung befassen und die zahlreichen Präjudizien, zu denen dieser vielumstrittene Teil des bayerischen Verfassungsrechts bereits Anlaß gegeben, wiederum vermehren. Den materiellrechtlichen Vorschriften über die religiöse Kindererziehung sind die zwei Erkenntnisse vom 11. Januar d. Js. gewidmet, die beide die Religionsverhältnisse der natürlichen Kinder zum Gegenstande haben. Die erstere, auf S. 170—172 der Sammlung veröffentlichte Entscheidung befaßt sich mit den im § 20 des RE. behandelten legitimierten unehelichen Kindern und spricht den Satz aus, daß die in einem notariellen Vertrag über die religiöse Erziehung für die „aus der Ehe hervorgehenden Kinder" getroffene Bestimmung sich auch auf alle vorehelichen, durch die Heirat legitimierten Kinder, soferne sie in dem Vertrage nicht ausdrücklich ausgenommen sind, bezieht und daß ein „geheimer Vorbehalt" in dieser Richtung auf Seite eines der Ehegatten jeglicher rechtlichen Wirksamkeit entbehrt. In dem zweiten, auf S. 172—176 mitgeteilten Erkenntnisse wird die viel erörterte Frage, was im § 21 des RE. unter der „Anerkennung eines natürlichen Kindes" zu verstehen ist, wieder aufgerollt. Der Verwaltungsgerichtshof hat auch hier sich nicht zur Aufgebung seiner in konstanter Rechtsprechung festgehaltenen, in der Literatur fast durchweg angefochtenen Auffassung entschließen können und wiederholt entschieden, daß eine Anerkennung im Sinne der gedachten Gesetzesstelle nur vorliegt, wenn der außereheliche Vater neben der gerichtlichen Anerkennung der Vaterschaft auch entsprechende, über die gesetzliche Unterhaltspflicht hinausgehende Leistungen für Unterhalt und Erziehung des Kindes auf sich genommen hat. In Anwendung dieses Satzes wird das Vorhandensein einer wirksamen Anerkennung für den Fall, daß die Eltern des außerehelichen Vaters das Kind freiwillig und ohne bezügliche Abmachung mit den rechtlich Beteiligten in Erziehung und Pflege übernehmen, in Abrede gestellt und den außerehelichen Eltern die Möglichkeit, einen gültigen Vertrag über die religiöse Erziehung ihres Kindes zu schließen, mangels Vorliegens einer rechtswirksamen Anerkennung abgesprochen. Bemerkenswert ist, daß der Verwaltungsgerichtshof in eine nähere Würdigung der von v. Seydel in den Bl. f. adm. Prax. Bd. 42 S. 81 ff., 97 ff. und im bayer. Staatsrechte, 2. Aufl. Bd. III S. 508 überzeugend dargelegten dem Geiste des Gesetzes in keiner Weise Rechnung tragenden Meinung, daß der § 21 des RE. eine die Entstehung familienrechtlicher Beziehungen, insbesondere die Unterwerfung des Kindes unter die väterliche Gewalt begründende Anerkennung erfordert, unter Bezugnahme darauf nicht eintritt, daß der konkrete zur Entscheidung unterstellte Fall noch unter der Herrschaft der früheren Zivilrechte sich ereignet hat; darnach wäre es an sich nicht ausgeschlossen, daß der Gerichtshof bei einer künftigen Verbescheidung eines unter der Geltung des neuen bürgerlichen Rechtes sich abspielenden Falles seine einseitig auf die französische Gesetzgebung gegründete, in die anderen Rechtsgebiete künstlich übertragene Anschauung verläßt. Dies wäre umsomehr zu wünschen, als auch die Schriftsteller, welche neuerdings die Frage der Anwendbarkeit des § 21 des RE. unter der Herrschaft des BGB. behandeln, der Meinung Seydels folgen und eine dem Vater die Erziehungsgewalt verschaffende Anerkennung, welche nach dem Inkrafttreten des BGB. nicht mehr vorkommen kann, fordern. (Vgl. von der Pfordten, Bl. f. adm. Prax. Bd. 50 S. 188; Frhr. Leuckart von Weißdorf, Handausg. d. Verf. Urk. S. 93.) Die dritte, auf S. 145—149 enthaltene Entscheidung vom 21. Dezember v. Js., die nur prozessuale Fragen berührt, ist insoferne von Interesse, als sie in Würdigung der Zuständigkeitsausscheidung zwischen Verwaltungsbehörden und Vormundschaftsgerichten ausdrücklich hervorhebt, daß die zum Vollzug eines rechtskräftigen Erkenntnisses über religiöse Kindererziehung dienlichen Maßnahmen nicht vom Vormundschaftsgerichte, sondern von der Distriktsverwaltungsbehörde zu treffen sind. Die Entscheidung spricht weiterhin noch aus, daß ein Vorgehen im Wege der Zwangsvollstreckung zur Sicherung der religiösen Erziehung eines Kindes gegen Personen, die im vorausgegangenen Verwaltungsrechtsstreite nicht als Partei beteiligt waren, zufolge § 325 CPO. ausgeschlossen ist und daß im Zwangsvollzug einer rechtskräftigen Entscheidung über die religiöse Erziehung eines Kindes die Anordnung einer anderweitigen Unterbringung des Kindes, um diesem den Besuch des Religionsunterrichts und Gottesdienstes seiner Konfession in besserer Weise zu ermöglichen, nicht zulässig ist.

Dr. Schanz, II. Staatsanwalt in München.

## Notiz.

Die Nummern 15 und 16 werden mit Rücksicht auf die Gerichtsferien zu einer **Doppelnummer** vereinigt, die in stärkerem Umfange am 10. August erscheinen wird.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, II. Staatsanwalt im K. Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

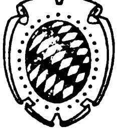


Nr. 15 u. 16. München, den 10. August 1905. 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
**Th. von der Pfordten**
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
**J. Schweitzer Verlag**
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum, Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.



## Wie wirkt das zwischen Gläubiger und Hauptschuldner ergangene Urteil auf den Bürgen?

Von **Dr. M. Pagenstecher**, Privatdozent in Würzburg.

### I.

Im Anschluß an Mendelssohn Bartholdy[1]) schreibt Seuffert in der neuesten Auflage seines Kommentars zur CPO.:[2])

„Ist B. rechtskräftig verurteilt, dem A. 100 zu zahlen, so kann niemand bestreiten, daß B. dem A. 100 schuldig sei; ist die Klage des A. gegen B. auf Zahlung von 100 abgewiesen, so kann niemand behaupten, daß A. diese 100 von B. zu fordern habe. Daher kann sich der Gläubiger dem Bürgen gegenüber auf das den Hauptschuldner verurteilende Urteil insoweit berufen, als es sich in dem Prozesse gegen den Bürgen darum handelt, ob der Hauptschuldner zu leisten hatte; die Vorschrift des BGB. § 768 Abs. 2, wonach der Bürge eine Einrede nicht dadurch verliert, daß der Hauptschuldner auf sie verzichtet, ergibt kein Argument gegen die vorgetragene Ansicht; denn daraus, daß der Verzicht dem Bürgen nicht präjudiziert, folgt nicht, daß er die Schuld des verurteilten Hauptschuldners bestreiten kann."

Walsmann bekämpft in einer vor kurzem erschienenen Schrift[3]) diese Ansicht Seufferts; seine polemischen Ausführungen beschließt er mit folgenden Sätzen:

„Gerade hier zeigen sich die verhängnisvollen Folgen der bekämpften Auffassung. Das Urteil würde tatsächlich, wo es im konkreten Fall nicht mit der wirklichen Lage in Einklang steht, nicht mehr deklaratorische, sondern konstitutive Wirkung haben."

Ich kann mich der Auffassung Seufferts nicht anschließen, bin aber **trotzdem** der Ansicht, daß ein Urteil, „wo es im konkreten Falle nicht mit der wirklichen Lage in Einklang steht, . . . konstitutive Wirkung" hat.

Da der hier von Seuffert erörterte Fall m. E. wie wenige geeignet ist, die Wirkungen des rechtskräftigen Urteils ohne längere theoretische Auseinandersetzungen auch solchen Lesern zu veranschaulichen, denen Zeit oder Neigung fehlt, tiefer in dieses schwierige Problem einzudringen, sei es mir gestattet, meine abweichende Auffassung etwas näher zu begründen.

### II.

Ich gebe ein Beispiel: B. hat im Jahre 1904 dem A. versprochen, ihm 100 zu schenken. X. hat sich dem A. gegenüber für die Verbindlichkeit des B. „aus dem Schenkungsvertrag" verbürgt. — Im Jahre 1905 hören A. und B. von einem Rechtskundigen, daß ihr Schenkungsvertrag wegen Formmangels nichtig sei. (§§ 518, 125 BGB.) Sie „bestätigen" daher ihren früheren Vertrag in notarieller Form. (§ 141 BGB.) Diese „Bestätigung" bewirkt, daß A. und B. verpflichtet sind, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn der Schenkungsvertrag vom Jahre 1904 gültig gewesen wäre;[4]) A. erwirbt also durch diese „Bestätigung" eine Forderung gegen den B. — Haftet X. nun für diese Forderung des A.?

Die Frage ist zu verneinen. Die Bürgschaft setzt eine Hauptverbindlichkeit voraus. Zur Zeit des Abschlusses des Bürgschaftsvertrages schuldete B. dem A. nichts; es konnte daher aus der Uebernahme der Bürgschaft eine Verbindlichkeit nicht entstehen. Durch ein Rechtsgeschäft, das der Hauptschuldner nach der Uebernahme der Bürgschaft vornimmt, kann die Verpflichtung des Bürgen nicht begründet werden.[5])

---

[1]) Grenzen der Rechtskraft S. 426 ff., 509.

[2]) Bem. 1a zu § 325.

[3]) Die streitgenössische Nebenintervention S. 139 und daselbst Anm. 25.

[4]) Ich unterstelle, daß die Auslegungsregel des § 141 Abs. 2 BGB. durchgreift.

[5]) arg. § 767 Abs. I Satz 3 BGB. — X. wollte sich für eine (nach seiner und des A. Auffassung) **bestehende**, **nicht** für eine „künftige Verbindlichkeit" verbürgen. Eine Haftung des X. läßt sich daher nicht etwa aus §§ 157, 765 Abs. 2 BGB. herleiten. Das dürfte ohne weiteres einleuchten, wenn man unterstellt, A. habe den X. vor der „Bestätigung" aus dem Bürgschaftsvertrage verklagt. Die Klage hätte abgewiesen werden müssen, **nicht** weil die Hauptverbindlichkeit noch nicht entstanden sei und daher „zur Zeit" aus der Uebernahme der Bürgschaft eine Forderung nicht existiere, **sondern** weil wegen Ungültigkeit der Hauptverbindlichkeit schon jetzt feststehe, daß auch aus dem Bürgschaftsvertrag eine Verbindlichkeit nicht entstanden sei und nicht entstehen könne. Daß X., wenn es ihm und dem A. bei Abschluß des Bürgschaftsvertrages zweifelhaft gewesen wäre, ob der Schenkungs-

Dritten an dem Mietobjekte kommt nur insoweit in Frage, als es an dem Dritten gegen den Willen des Vermieters geltend gemacht und dadurch dem Mieter der Gebrauch der Sache entzogen wird, § 541 BGB. Wendet man diese Sätze hier an, so ergibt sich ohne weiteres, daß die Behauptung der Kläger, Eigentümer des in Frage stehenden Hauses zu sein, für sich allein nicht genügen kann, den Widerspruch gegen die Pfändung vom 10. September 1903 zu rechtfertigen. Es hätte die weitere Behauptung hinzutreten müssen, daß der Mietvertrag mit W. seitens des M. im Namen seiner minderjährigen Kinder geschlossen worden sei; eine solche Behauptung ist aber weder in der Klage noch später aufgestellt worden. Auch kann nicht angenommen werden, daß M. den Mietvertrag nicht in seinem Namen abschließen wollte; denn ihm stand kraft seiner elterlichen Gewalt nach § 1649 BGB. die Nutznießung an dem ganzen Vermögen seiner Kinder, insbesondere auch an dem Hause zu, das nicht etwa freies Vermögen, dieses nach §§ 1650 und 1651 BGB. war, so daß dem Vater M. allein das Recht gebührte, über dieses Haus oder dessen Teile einen Mietvertrag abzuschließen.

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Donle in Augsburg.

## Aus der Praxis des bayer. Verwaltungsgerichtshofs.

Die soeben erschienene 5. und 6. Lieferung der Sammlung von Entscheidungen des VGH. enthält drei Erkenntnisse des 2. Senats, die sich mit den Bestimmungen über die religiöse Kindererziehung in materiellrechtlicher wie prozessualer Beziehung befassen und die zahlreichen Präjudizien, zu denen dieser vielumstrittene Teil des bayerischen Verfassungsrechts bereits Anlaß gegeben, wiederum vermehren. Den materiellrechtlichen Vorschriften über die religiöse Kindererziehung sind die zwei Erkenntnisse vom 11. Januar d. Js. gewidmet, die beide die Religionsverhältnisse der natürlichen Kinder zum Gegenstande haben. Die erstere, auf S. 170—172 der Sammlung veröffentlichte Entscheidung befaßt sich mit den im § 20 des RE. behandelten legitimierten unehelichen Kindern und spricht den Satz aus, daß die in einem notariellen Vertrag über die religiöse Erziehung für die „aus der Ehe hervorgehenden Kinder" getroffene Bestimmung sich auch auf alle vorehelichen, durch die Heirat legitimierten Kinder, soferne sie in dem Vertrage nicht ausdrücklich ausgenommen sind, bezieht und daß ein „geheimer Vorbehalt" in dieser Richtung auf Seite eines der Ehegatten jeglicher rechtlichen Wirksamkeit entbehrt. In dem zweiten, auf S. 172—176 mitgeteilten Erkenntnisse wird die viel erörterte Frage, was im § 21 des RE. unter der „Anerkennung eines natürlichen Kindes" zu verstehen ist, wieder aufgerollt. Der Verwaltungsgerichtshof hat auch hier sich nicht zur Aufgebung seiner in konstanter Rechtsprechung festgehaltenen, in der Literatur fast durchweg angefochtenen Auffassung entschließen können und wiederholt entschieden, daß eine Anerkennung im Sinne der gedachten Gesetzesstelle nur vorliegt, wenn der außereheliche Vater neben der gerichtlichen Anerkennung der Vaterschaft auch entsprechende, über die gesetzliche Unterhaltspflicht hinausgehende Leistungen für Unterhalt und Erziehung des Kindes auf sich genommen hat. In Anwendung dieses Satzes wird das Vorhandensein einer wirksamen Anerkennung für den Fall, daß die Eltern des außerehelichen Vaters das Kind freiwillig und ohne bezügliche Abmachung mit den rechtlich Beteiligten in Erziehung und Pflege übernehmen, in Abrede gestellt und den außerehelichen Eltern die Möglichkeit, einen gültigen Vertrag über die religiöse Erziehung ihres Kindes zu schließen, mangels Vorliegens einer rechtswirksamen Anerkennung abgesprochen. Bemerkenswert ist, daß der Verwaltungsgerichtshof in eine nähere Würdigung der von v. Seydel in den Bl. f. adm. Prax. Bd. 42 S. 81 ff., 97 ff. und im bayer. Staatsrechte, 2. Aufl. Bd. III S. 508 überzeugend dargelegten dem Geiste des Gesetzes in feiner Weise Rechnung tragenden Meinung, daß der § 21 des RE. eine die Entstehung familienrechtlicher Beziehungen, insbesondere die Unterwerfung des Kindes unter die väterliche Gewalt begründende Anerkennung erfordert, unter Bezugnahme darauf nicht eintritt, daß der konkrete zur Entscheidung unterstellte Fall noch unter der Herrschaft der früheren Zivilrechte sich ereignet hat; darnach wäre es an sich nicht ausgeschlossen, daß der Gerichtshof bei einer künftigen Verbescheidung eines unter der Geltung des neuen bürgerlichen Rechtes sich abspielenden Falles seine einseitig auf die französische Gesetzgebung gegründete, in die anderen Rechtsgebiete künstlich übertragene Anschauung verläßt. Dies wäre umsomehr zu wünschen, als auch die Schriftsteller, welche neuerdings die Frage der Anwendbarkeit des § 21 des RE. unter der Herrschaft des BGB. behandeln, der Meinung Seydels folgen und eine dem Vater die Erziehungsgewalt verschaffende Anerkennung, welche nach dem Inkrafttreten des BGB. nicht mehr vorkommen kann, fordern. (Vgl. von der Pfordten, Bl. f. adm. Prax. Bd. 50 S. 188; Frhr. Leuckart von Weißdorf, Handausg. d. Verf. Urk. S. 93.) Die dritte, auf S. 145—149 enthaltene Entscheidung vom 21. Dezember v. Js., die nur prozessuale Fragen berührt, ist insoferne von Interesse, als sie in Würdigung der Zuständigkeitsausscheidung zwischen Verwaltungsbehörden und Vormundschaftsgerichten ausdrücklich hervorhebt, daß die zum Vollzug eines rechtskräftigen Erkenntnisses über religiöse Kindererziehung dienlichen Maßnahmen nicht vom Vormundschaftsgerichte, sondern von der Distriktsverwaltungsbehörde zu treffen sind. Die Entscheidung spricht weiterhin noch aus, daß ein Vorgehen im Wege der Zwangsvollstreckung zur Sicherung der religiösen Erziehung eines Kindes gegen Personen, die im vorausgegangenen Verwaltungsrechtsstreite nicht als Partei beteiligt waren, zufolge § 325 CPO. ausgeschlossen ist und daß im Zwangsvollzug einer rechtskräftigen Entscheidung über die religiöse Erziehung eines Kindes die Anordnung einer anderweitigen Unterbringung des Kindes, um diesem den Besuch des Religionsunterrichts und Gottesdienstes seiner Konfession in besserer Weise zu ermöglichen, nicht zulässig ist.

Dr. Schanz, II. Staatsanwalt in München.

## Notiz.

Die Nummern 15 und 16 werden mit Rücksicht auf die Gerichtsferien zu einer **Doppelnummer** vereinigt, die in stärkerem Umfange am 10. August erscheinen wird.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, II. Staatsanwalt im K. Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.



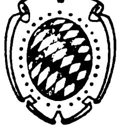
Nr. 15 u. 16. München, den 10. August 1905. 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).



Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum, Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.



## Wie wirkt das zwischen Gläubiger und Hauptschuldner ergangene Urteil auf den Bürgen?

Von Dr. M. Pagenstecher, Privatdozent in Würzburg.

### I.

Im Anschluß an Mendelssohn Bartholdy[1]) schreibt Seuffert in der neuesten Auflage seines Kommentars zur CPO.:[2])

„Ist B. rechtskräftig verurteilt, dem A. 100 zu zahlen, so kann niemand bestreiten, daß B. dem A. 100 schuldig sei; ist die Klage des A. gegen B. auf Zahlung von 100 abgewiesen, so kann niemand behaupten, daß A. diese 100 von B. zu fordern habe. Daher kann sich der Gläubiger dem Bürgen gegenüber auf das den Hauptschuldner verurteilende Urteil insoweit berufen, als es sich in dem Prozesse gegen den Bürgen darum handelt, ob der Hauptschuldner zu leisten hatte; die Vorschrift des BGB. § 768 Abs. 2, wonach der Bürge eine Einrede nicht dadurch verliert, daß der Hauptschuldner auf sie verzichtet, ergibt kein Argument gegen die vorgetragene Ansicht; denn daraus, daß der Verzicht dem Bürgen nicht präjudiziert, folgt nicht, daß er die Schuld des verurteilten Hauptschuldners bestreiten kann."

Walsmann bekämpft in einer vor kurzem erschienenen Schrift[3]) diese Ansicht Seufferts; seine polemischen Ausführungen beschließt er mit folgenden Sätzen:

„Gerade hier zeigen sich die verhängnisvollen Folgen der bekämpften Auffassung. Das Urteil würde tatsächlich, wo es im konkreten Fall nicht mit der wirklichen Lage in Einklang steht, nicht mehr deklaratorische, sondern konstitutive Wirkung haben."

Ich kann mich der Auffassung Seufferts nicht anschließen, bin aber trotzdem der Ansicht, daß ein Urteil, „wo es im konkreten Falle nicht mit der wirklichen Lage in Einklang steht, . . . konstitutive Wirkung" hat.

Da der hier von Seuffert erörterte Fall m. E. wie wenige geeignet ist, die Wirkungen des rechtskräftigen Urteils ohne längere theoretische Auseinandersetzungen auch solchen Lesern zu veranschaulichen, denen Zeit oder Neigung fehlt, tiefer in dieses schwierige Problem einzudringen, sei es mir gestattet, meine abweichende Auffassung etwas näher zu begründen.

### II.

Ich gebe ein Beispiel: B. hat im Jahre 1904 dem A. versprochen, ihm 100 zu schenken. X. hat sich dem A. gegenüber für die Verbindlichkeit des B. „aus dem Schenkungsvertrag" verbürgt. — Im Jahre 1905 hören A. und B. von einem Rechtskundigen, daß ihr Schenkungsvertrag wegen Formmangels nichtig sei. (§§ 518, 125 BGB.) Sie „bestätigen" daher ihren früheren Vertrag in notarieller Form. (§ 141 BGB.) Diese „Bestätigung" bewirkt, daß A. und B. verpflichtet sind, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn der Schenkungsvertrag vom Jahre 1904 gültig gewesen wäre;[4]) A. erwirbt also durch diese „Bestätigung" eine Forderung gegen den B. — Haftet X. nun für diese Forderung des A.?

Die Frage ist zu verneinen. Die Bürgschaft setzt eine Hauptverbindlichkeit voraus. Zur Zeit des Abschlusses des Bürgschaftsvertrages schuldete B. dem A. nichts; es konnte daher aus der Uebernahme der Bürgschaft eine Verbindlichkeit nicht entstehen. Durch ein Rechtsgeschäft, das der Hauptschuldner nach der Uebernahme der Bürgschaft vornimmt, kann die Verpflichtung des Bürgen nicht begründet werden.[5])

---

[1]) Grenzen der Rechtskraft S. 426 ff., 509.

[2]) Bem. 1a zu § 325.

[3]) Die streitgenössische Nebenintervention S. 139 und daselbst Anm. 25.

[4]) Ich unterstelle, daß die Auslegungsregel des § 141 Abs. 2 BGB. durchgreift.

[5]) arg. § 767 Abs. I Satz 3 BGB. — X. wollte sich für eine (nach seiner und des A. Auffassung) bestehende, nicht für eine „künftige Verbindlichkeit" verbürgen. Eine Haftung des X. läßt sich daher nicht etwa aus §§ 157, 765 Abs. 2 BGB. herleiten. Das dürfte ohne weiteres einleuchten, wenn man unterstellt, A. habe den X. vor der „Bestätigung" aus dem Bürgschaftsvertrage verklagt. Die Klage hätte abgewiesen werden müssen, nicht weil die Hauptverbindlichkeit noch nicht entstanden sei und daher „zur Zeit" aus der Uebernahme der Bürgschaft eine Forderung nicht existiere, sondern weil wegen Ungültigkeit der Hauptverbindlichkeit schon jetzt feststehe, daß auch aus dem Bürgschaftsvertrag eine Verbindlichkeit nicht entstanden sei und nicht entstehen könne. Daß X., wenn es ihm und dem A. bei Abschluß des Bürgschaftsvertrages zweifelhaft gewesen wäre, ob der Schenkungs=

### III.

Scharf zu scheiden von der soeben erörterten Wirkung der **Bestätigung** ist die Wirkung der **Genehmigung**.

Unterstellen wir, der **minderjährige** B. habe im Jahre 1904 ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters dem A. in notarieller Form versprochen, ihm 100 zu schenken und habe dieses Versprechen im Jahre 1905 nach Eintritt seiner Volljährigkeit genehmigt. (§ 108 Abs. 3 BGB.) Alsdann ist — bei im übrigen gleicher Sachlage — X. aus dem Bürgschaftsvertrag vom Jahre 1904 verpflichtet, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des B. einzustehen.[6])

Es würde mich hier zu weit führen, wollte ich die Gründe für die so verschieden geartete Wirkung der Bestätigung und der Genehmigung auseinandersetzen und insbesondere zu zeigen versuchen, warum dem zuletzt Gesagten § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB. nicht entgegensteht.

### IV.

Nunmehr komme ich erst zur Beantwortung der in der Ueberschrift gestellten Frage. Unser ursprüngliches Beispiel muß zu diesem Zwecke nochmals etwas modifiziert werden. Nehmen wir an, die Vorgänge im Jahre 1904 hätten sich so abgespielt, wie es oben **zuerst**[7]) geschildert ist, und A. habe alsdann im Jahre 1905 auf Zahlung von 100 aus dem Schenkungsvertrag gegen B. geklagt. Wird dann der Klage stattgegeben, (etwa weil B., der glaubte andere gewichtige Einwendungen zu haben, die [wahrheitswidrige] Behauptung des A., das Schenkungsversprechen vom Jahre 1904 sei in notarieller Form abgegeben worden, zu bestreiten unterlassen hat), so sind die Wirkungen dieses Urteils vergleichbar mit denjenigen einer Bestätigung des Schenkungsvertrages im Sinne des § 141 BGB. – Klagt A. nunmehr unter Berufung auf das gegen B. ergangene rechtskräftige Urteil gegen X. auf Zahlung der 100, so kann X. sagen: Ich muß zugeben, daß dir (A.) **nunmehr** eine Forderung gegen den B. zusteht; ich muß auch zugeben, daß B. verpflichtet ist, dir zu gewähren, was du haben würdest, wenn der Schenkungsvertrag vom Jahre 1904 gültig gewesen wäre. Ich behaupte aber: das zwischen dir (A.) und B. ergangene Urteil ist „materiell ungerechtfertigt". Die Rechte, welche dir jetzt gegen den B. zustehen, hast du erst durch dieses Urteil erworben. Euer Schenkungsvertrag vom Jahre 1904 war nichtig; daher entstand auch aus der Uebernahme der Bürgschaft keine Verbindlichkeit. Ebensowenig aber wie ihr (A. und B.) durch Vertrag nach Uebernahme der Bürgschaft eine solche Verbindlichkeit begründen könnt, liegt es in euerer Macht, durch euere Prozeßführung eine Bürgschaftsforderung gegen mich (X.) zur Entstehung zu bringen.[8])

### V.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist also die Praemisse Seufferts zutreffend. „Ist B. rechtskräftig verurteilt, dem A. 100 zu zahlen, so kann niemand bestreiten, daß B. dem A. 100 schuldig sei." Dagegen kann ich mich, wie schon betont, mit seinen weiteren Ausführungen nicht einverstanden erklären. Seuffert will da[9]) offenbar sagen, der Bürge könne, wenn der Hauptschuldner rechtskräftig verurteilt sei, dem Gläubiger gegenüber das Bestehen der „**Hauptschuld**" nicht bestreiten oder — anders ausgedrückt — er könne der Klage des Gläubigers gegenüber **nicht** geltend machen, er (der Bürge) schulde nicht, weil die Hauptschuld nicht bestehe. Wie ich oben[10]) ausführte, kann sich aber X. der Klage des A. gegenüber darauf berufen, der Schenkungsvertrag vom Jahre 1904 sei nichtig gewesen, die „**Hauptschuld**" existiere daher nicht, eine Verbindlichkeit aus dem Bürgschaftsvertrag sei somit nicht entstanden.[11])

Nach der Ansicht Seufferts sind die Wirkungen des Urteils denjenigen einer **Genehmigung** vergleichbar[12]), während sie nach der hier verteidigten Meinung den Wirkungen einer **Bestätigung** entsprechen.

Daß ich die Ansicht, wonach ein „materiell ungerechtfertigtes" Leistungsurteil rein deklaratorische Wirkung hat, für unzutreffend halte, habe ich schon oben ausdrücklich hervorgehoben und es ergibt sich ja auch aus den vorstehenden Ausführungen.

Die Unhaltbarkeit dieser Auffassung, die ja allerdings von gewichtigen Autoritäten verteidigt

---

vertrag von 1904 gültig sei, sich vermutlich (eventuell) auch für die „künftige" Schenkungsforderung verbürgt hätte, darf nicht dazu verleiten, auf Grund des § 157 anzunehmen, X. habe sich **tatsächlich** für die (künftige) durch die „Bestätigung" entstandene Forderung verbürgt. Das vielleicht prima facie unbillige Resultat ergibt sich daraus, daß die (allen Beteiligten unbekannte) Nichtigkeit des Schenkungsvertrages die mittelbare Wirkung hatte, daß auch aus der in gesetzlicher Form erfolgten Uebernahme der Bürgschaft eine Verbindlichkeit nicht erwachsen konnte (cf. noch unten Anm. 8).

[6]) So auch Planck; arg. a. contr. Bem. 4a zu § 765.

[7]) Also im Abschnitt II.

[8]) cf. die treffende Entscheidung des RGZ 56, 111. — Wer die oben in Anm. 5 bekämpfte Auffassung teilt und weiter glaubt, dem A. sei **auch hier** durch §§ 157, 765 II BGB. zu helfen, mag an den Fall denken, daß A. mit einer Klage durchdringt, in der er (wahrheitswidrig) behauptet hat, B. habe ihm in dem (nichtigen) Schenkungsvertrag vom Jahre 1904 200 versprochen. Alsdann wird wohl kaum jemand der Ansicht sein, daß X. nach § 765 Abs. 2 nunmehr für 200 hafte.

[9]) cf. das Zitat am Beginn dieser Zeilen.

[10]) im Abschnitt IV.

[11]) Im praktischen Resultat übereinstimmend insbesondere Wach, Zur Lehre von der Rechtskraft 24, Planck Bem 3 zu § 767 BGB., Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft 317, Anm. 1 RG. l. c.

[12]) cf. oben Abschnitt III.

wird,[13]) leuchtet m. E. ohne weiteres ein, wenn man unterstellt, B. habe nach Eintritt der Rechtskraft des zwischen ihm und A. ergangenen Urteils dem gutgläubigen A. für dessen Forderung von 100 eine dem X. gehörende Sache verpfändet. (§§ 1207, 932 BGB.) Klagt X. nun auf Herausgabe der Sache gegen A. aus § 985 BGB., so kann sich A. zweifellos auf sein Pfandrecht berufen. Macht X. demgegenüber geltend: Der Schenkungsvertrag vom Jahre 1904 war nichtig, also hast du gar keine Forderung gegen den B., konntest somit auch ein Pfandrecht nicht erwerben, so kann A. erwidern: Ob der Schenkungsvertrag gültig war oder nicht, ist ganz gleichgültig; jetzt — seitdem B. rechtskräftig verurteilt ist — habe ich jedenfalls eine Forderung gegen ihn.

Daß A. diese Behauptung dem X. gegenüber mit Erfolg aufstellen kann, ist lediglich darauf zurückzuführen, daß das rechtskräftige Urteil „wo es im konkreten Falle nicht mit der wirklichen Lage in Einklang steht, . . . konstitutive Wirkung" hat.[14])

VI.

Wird die Klage des Gläubigers gegen den Hauptschuldner rechtskräftig abgewiesen, so erlischt hiermit die Hauptforderung, im Falle sie bis dahin bestanden hat. Hiermit erlischt dann zugleich auch die Forderung des Gläubigers gegen den Bürgen.[15]) — Verklagt der Gläubiger den Bürgen, so kann sich dieser auf das rechtskräftige Urteil ebenso berufen, wie er geltend machen könnte, der Gläubiger habe durch Vertrag mit dem Hauptschuldner anerkannt, „daß das Schuldverhältnis nicht bestehe". (cf. §§ 397 Abs. 2, 767 Abs. 1 Satz 1 BGB.)

Wer leugnet, daß das unrichtige Urteil die materielle Rechtslage ändere und demgemäß annimmt, daß trotz rechtskräftiger Abweisung (durch „materiell ungerechtfertigtes" Urteil) die geltend gemachte Forderung weiterbestehe, kann m. E. zu dem hier verteidigten Resultate nur gelangen, wenn er lehrt, die Rechtskraft des zwischen Gläubiger und Hauptschuldner ergangenen Urteils erstrecke sich auf den Bürgen.[16]) Diese These kann aber[17]) — wie aus dem oben Ausgeführten hervorgehen dürfte — unerfreuliche Konsequenzen nach sich ziehen, wenn der Gläubiger in dem Prozesse mit dem Hauptschuldner siegt.[18])

---

# Die Ausgleichung des Ehegewinns nach bayerischem Landrecht.

Von Amtsgerichtssekretär Dr. Arnulf Meyer in Nürnberg.

Die Auslegung des Art. 83 Abs. II des Gesetzes, Ueberg.-Vorschr. betr. und sein Verhältnis zum Art. 84 sind bestritten.[1])

Es sollen zunächst kurz die verschiedenen Meinungen wiedergegeben werden.

A. Henle-Schneider. Das Verlangen nach Ausgleichung des Ehegewinns kann jeder Ehe-

---

[13]) Insbesondere Hellwig, l. c. S. 7 ff., Lehrbuch des Civilprozeßrechts 1, 45 ff.; Klagrecht und Klagmöglichkeit S. 24, Anm. 20 und S. 92. Stein, § 322, II; dagegen insbesondere Kohler in Buschs Z. 29 S. 36 Anm. 38; Encyklopädie 2, S. 144.

[14]) Walsmann schreibt l. c. S. 139: „Wenn B. verurteilt ist, dem A. 100 zu zahlen, weil A. dem B. gemäß der Urteilsfeststellung 100 geliehen hat, während dieses Darlehen re vera nie erfolgt ist, so muß jeder Dritte gegen sich gelten lassen, . . . . daß B. kraft dieses Urteils dem A. 100 zahlen muß." — Daß Dritte, auf welche sich die Rechtskraft des zwischen A. und B. ergangenen Urteils nicht erstreckt, „gegen sich gelten lassen" müssen, daß B., der vor dem Urteilserlaß nichts schuldig war, verpflichtet ist, dem A 100 zu zahlen, zeigt eben, daß das Urteil eine Forderung des A. gegen den B. in Höhe von 100 „konstituiert" hat! (Walsmann nennt den Kläger B. und den Beklagten A.; ich habe das geändert, um die Bezeichnung der Parteien mit dem Text in Einklang zu bringen.)

[15]) Ebenso Wach l. c. S. 10 oben und S. 24. — Wach spricht aber trotzdem davon, daß der Gläubiger sich im Rechtsstreite mit dem Bürgen die „Exceptio rei iudicatae" aus dem Prozesse mit dem Hauptschuldner „gefallen lassen müsse" (S. 24). Die Erstreckung der „Rechtskraft" soll sich hier „aus der Natur der Sache" ergeben (S. 70). — Ich bin im praktischen Resultat mit Wach völlig einverstanden; m. E. handelt es sich hier aber nicht um eine Rechtskraftwirkung im eigentlichen Sinne, sondern um eine Reflexwirkung des rechtskräftigen Urteils. — Wie schon oben (Anm. 10) betont wurde, ist übrigens auch Wach der Auffassung, daß die Rechtskraft des im Prozeß mit dem Hauptschuldner zugunsten des Gläubigers ergangenen Urteils sich nicht auf den Bürgen erstrecke. (cf. hierzu Wach l. c. S. 79 f.)

[16]) cf. jedoch Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft 30 und hierzu Pagenstecher, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft S. 76 Anm. 175 und S. 91 ff.

[17]) sc: wenn man nicht mit Wach annehmen will, die subjektiven Grenzen der Rechtskraft seien hier je nach dem Ausfall des Urteils verschieden. (cf. oben Anm. 15; dagegen Mendelssohn Bartholdy l. c. S. 332 ff.)

[18]) Die im vorstehenden vorgetragene Ansicht über die Wirkungen des rechtskräftigen Urteils habe ich in meiner oben zitierten Schrift zu begründen versucht.

[1]) Die einschlägigen Vorschriften lauten:

Art. 83: Besteht die Errungenschaftsgemeinschaft nach dem bayerischen Landrechte, so tritt an ihre Stelle der Güterstand der Verwaltung und Nutznießung nach den Vorschriften des BGB.

Endigt die Verwaltung und Nutznießung des Mannes auf andere Weise als durch Ehevertrag, so kann jeder Ehegatte von dem anderen Ausgleichung des Ehegewinns nach den bisherigen Vorschriften verlangen, wie wenn eine Aenderung des Güterstandes nicht eingetreten wäre. Der Anspruch ist nicht übertragbar. Er verjährt in einem Jahre; die Vorschrift des § 204 Satz 1 des BGB. findet keine Anwendung.

Art. 84: Besteht die Errungenschaftsgemeinschaft nach dem bayerischen Landrechte, so stehen im Falle des Todes des einen Ehegatten dem überlebenden Ehegatten die in den bisherigen Vorschriften bestimmten Rechte zu, wenn der überlebende Ehegatte die im BGB. bestimmte Erbfolge ausschlägt.

Die überlebende Frau behält die Hälfte der Hausfahrnis und der Errungenschaft, auch wenn Abkömmlinge des verstorbenen Mannes vorhanden sind.

gatte, im Falle der Beendigung des Güterstandes durch den Tod eines Ehegatten also sowohl der überlebende Ehegatte als der Erbe des verstorbenen Ehegatten stellen (Note 4 zu Art. 83).

Die Ausgleichung kann von den mehreren Erben eines Ehegatten nur gemeinschaftlich verlangt werden. Können sie sich nicht einigen, so unterbleibt die Ausgleichung. Den Antrag auf Vermittlung der Ausgleichung (FG. §§ 86—99 Art. 36) kann jeder Miterbe für sich allein stellen. Allein wenn einer der Miterben widerspricht, kann die Ausgleichung von den Erben nicht gefordert werden (Note 3 a. E. zu Art. 83). Wenn der überlebende Ehegatte die im BGB. bestimmte Erbfolge nicht ausschlägt, kann er sowohl die Ausgleichung des Ehegewinns als auch seinen Erbteil nach neuem Recht verlangen. (Ergibt sich aus Note 2 zu Art. 84.) Die Ausgleichung besteht in der Verteilung des ermittelten Reingewinns nach Hälften auf die Ehegatten; im einzelnen s. Note 3 zu Art. 83.

B. Das Oberste Landesgericht. Dieses hat sich, soweit ich sehe, in 4 Entscheidungen geäußert.

1. Beschluß des II. C.-S. vom 13. Januar 1903. (Samml. Bd. IV S. 22 ff., insbes. 31/33.)

Wenn der überlebende Ehegatte sich für das ihm nach dem BGB. zustehende Erbrecht entschieden hat, so kann er nicht auch die Vorteile beanspruchen, die ihm das bayerische Landrecht geboten hätte. Der Umfang des Nachlasses ist in diesem Falle auf Grund des BGB. zu bestimmen; nach §§ 1363, 1383 BGB. verbleibt die Errungenschaft dem Manne. Eine Ausgleichung findet also ohne Ausschlagung der im BGB. bestimmten Erbfolge nicht statt.

2. Urt. des I. C.-S. vom 20. Februar 1903. (Samml. Bd. IV S. 170 ff.)

Die Gemeinschaft des Ehegewinns — des Zugewinnstes — unterschied sich von der eigentlichen Errungenschaftsgemeinschaft darin, daß die Errungenschaft nicht eine besondere Masse neben dem sonstigen Vermögen der Ehegatten bildete. Das eingebrachte Vermögen der Frau war der Verwaltung und Nutznießung des Mannes unterworfen, der Erwerb jedes Ehegatten fiel in dessen Vermögen, nach der Beendigung des Güterstandes wurde der beiderseitige Ehegewinn festgestellt und geteilt. (Roth, Bayer. CR. 2. Aufl. Bd. 1 § 83 zu Note 42.) Abgesehen von dem Mainzer Landrechte, das dem Manne $^2/_3$, der Frau $^1/_3$ zuwies, gebührte jedem Ehegatten die Hälfte, es fand also eine Ausgleichung des beiderseitigen Ehegewinns die Herstellung gleicher Teile an dem Gesammtgewinne statt. Für den Fall des Todes des einen Ehegatten war aber das Recht des Ueberlebenden vielfach anders bestimmt, insbesondere gebührte nach dem BLR. T. I. Kap. VI § 37 Nr. 5 dem überlebenden Manne bei dem Vorhandensein von Kindern der ganze Ehegewinn. Der Anspruch auf Ausgleichung oder Herausgabe des Ehegewinns gehörte zu den wesentlichen Wirkungen des Güterstandes, er trat von selbst ein und war vererblich.

An die Stelle der Gemeinschaft des Ehegewinns ist der Güterstand der Verwaltung und Nutznießung in Verbindung mit einem Anspruch auf Ausgleichung des Ehegewinns getreten. Dieser Anspruch ist wesentlicher Bestandteil des umgewandelten Güterstandes, er entsteht kraft des Gesetzes und kann nach Beendigung des Güterstandes ohne weiteres geltend gemacht werden. Er vertritt den Anteil an dem Gesamtgute der aufgehobenen Errungenschaftsgemeinschaft (§ 1546 BGB.) und ist deshalb wie dieser (§ 1442 BGB) unübertragbar, die Vererblichkeit ist dagegen nicht ausgeschlossen.

Der Anspruch des verstorbenen Ehegatten auf Ausgleichung des Ehegewinns gehört zu dessen Nachlaß und steht den Erben gemeinschaftlich (zur gesamten Hand) zu.

Im Art. 83 Abs. 2 sind nur die auf die Ausgleichung, die Herstellung gleicher Anteile am Ehegewinne bezüglichen Vorschriften des bisherigen Rechtes vorbehalten, auf Grund des Art. 83 Abs. 2 gebührt also dem überlebenden Ehegatten nicht mehr als die Hälfte des Ehegewinns.

Die weitergehenden Rechte, die ihm nach den bisherigen Vorschriften zustanden, sind nicht neben der gesetzlichen Erbfolge des Ehegatten nach § 1931 des BGB. aufrecht erhalten, sondern es ist dem überlebenden Ehegatten nur frei gelassen, sich entweder für sie oder die gesetzliche Erbfolge zu entscheiden. Für die Ehen, für welche das bayerische Landrecht maßgebend war, bestimmt demgemäß Art. 84 Abs. 1, daß sie dem überlebenden Ehegatten nur zustehen, wenn er die Erbfolge nach dem BGB. ausschlägt (vgl. Becher, Materialien Abt. VII S. 316—319); tut der überlebende Ehegatte dies nicht, so kommt neben dem § 1931 BGB. nur der Art. 83 Abs. II zur Anwendung.

Das Urteil steht demnach auf dem Standpunkt: Auch ohne Ausschlagung der im BGB. bestimmten Erbfolge findet eine Ausgleichung des Ehegewinns statt: nur die „weitergehenden Ansprüche" des bisherigen Rechts sind von der Ausschlagung abhängig; praktisch heißt das: „will der Mann die ganze Errungenschaft, so muß er ausschlagen." Für die Frau hat das keine Bedeutung, da sie nach den bisherigen Vorschriften keine Ansprüche hat, die „weitergehen" als auf die Hälfte der Errungenschaft — im Gegenteil, die Frau ist nach den bisherigen Vorschriften schlechter gestellt.

3. Der Gegensatz zwischen den beiden unter 1 und 2 aufgeführten Entscheidungen ist von dem I. C.-S. im Beschluß vom 22. Oktober 1903 (Bd. IV S. 729) ausdrücklich anerkannt.

4. Beschluß des II. C.-S. vom 17. Juni 1903 (Bd. IV S. 461).

Die Vorschrift des Art. 84 Abs. I bezieht sich nur auf den Fall, daß der überlebende Ehegatte kraft des Gesetzes zur Erbschaft berufen ist und die im BGB. bestimmte Erbfolge ausschlägt. Auf die Fälle der Berufung zur Erbschaft durch Testament oder durch Erbvertrag und auf den Fall, daß der überlebende Ehegatte überhaupt nicht Erbe des Verstorbenen wird, ist sie nicht anwendbar. Für diese Fälle bleibt es bei der Vorschrift des Art. 83 Abs. II, in der nur die auf die Herstellung gleicher Anteile am Ehegewinne bezüglichen Vorschriften des bayerischen Landrechts vorbehalten sind. Die Ausgleichung des Ehegewinns erfolgt nach den

bisherigen Vorschriften, nach diesen bestimmt sich daher auch für die Zeit nach dem Inkrafttreten des BGB., was zum Ehegewinne gehört und wie die Ausgleichung des festgestellten Ehegewinns zu bewirken ist." Dieser Beschluß nimmt ausdrücklich Bezug auf:

C. Blätter für Rechtsanwendung Bd. 67 S. 188 ff., 385 ff. Es ist dies eine Abhandlung mit einer Nachschrift von Staatsanwalt Meikel in München. Die Nachschrift erfolgte auf die Gegenbemerkungen des Justizrats Dr. von Hausmann in München in den Bl. f. RA. Bd. 67 S. 377 ff. Meikel vertritt im Gegensatz zu Hausmann die Auffassung:

Der überlebende Ehegatte kann, auch wenn er die im BGB. bestimmte Erbfolge nicht ausschlägt, im Hinblick auf die Vorschrift des Art. 83 Abs. II Satz 1 die Ausgleichung des Ehegewinns verlangen und zwar nach den bisherigen Vorschriften, wie wenn eine Aenderung des Güterstandes nicht eingetreten wäre. Hausmann verneint in diesem Falle die Zulässigkeit der Ausgleichung und spricht in Anwendung der Vorschriften des BGB. über den gesetzlichen Güterstand der Verwaltungsgemeinschaft die ganze Errungenschaft dem Manne bzw. den Mannes Erben zu. Er teilt somit den Standpunkt des II. C.-S. vom 13. Januar 1903 (oben B 1) und steht mit diesem zusammen im Gegensatz zum I. C.-S., Henle-Schneider und Meikel. Bei dem Umfang der Ausführungen von Meikel und Hausmann muß ich mir ein Eingehen auf die von ihnen erörterten Einzelheiten versagen. Ich schließe mich der herrschenden Meinung an und halte Ausgleichung auch bei Nichtausschlagung der neurechtlichen Erbfolge für zulässig.

Das Gesetz sagt: Endigt die Verwaltung und Nutznießung des Mannes auf andere Weise als durch Ehevertrag, so kann jeder Ehegatte von dem anderen Ausgleichung des Ehegewinns nach den bisherigen Vorschriften verlangen, wie wenn eine Aenderung des Güterstandes nicht eingetreten wäre." Das heißt: Das bayerische Landrecht und die 6 anderen im Art. 83 Abs. I genannten Rechte kennen alle eine sogenannte „Ausgleichung des Ehegewinns", wenn auch nicht dem Worte, so doch der Sache nach. Diese soll nun in allen Fällen statthaben, in denen die Verwaltung und Nutznießung des Mannes auf andere Weise als durch Ehevertrag endigt — nicht bloß in den Fällen, in denen sie nach den bisherigen Vorschriften stattgefunden hat. Die bisherigen Vorschriften sind also nicht maßgebend für die Frage, wann Ausgleichung verlangt werden kann. Dagegen sind sie ihrem ganzen Umfange nach maßgebend für die Frage, wie die Ausgleichung stattfinden soll — in den Fällen, in denen die Verwaltung und Nutznießung des Mannes ohne Ehevertrag endigt.

Sie finden dann Anwendung: „wie wenn eine Aenderung des Güterstandes nicht eingetreten wäre d. h. die Ausgleichung erfolgt in derselben rechtlichen und rechnerischen Weise, wie sie bisher stattgefunden hat."

Wann ausgeglichen werden soll, bestimmt danach nicht das alte Recht, sondern die Uebergangsvorschrift, nämlich: in allen Fällen, in denen die Verwaltung und Nutznießung des Mannes auf andere Art als durch Ehevertrag endigt, (z. B. bei Klage nach § 1418 BGB.). Ein solcher Fall ist auch der Tod eines Ehegatten. Die Beschränkung der Vorschrift auf das Leben beider Ehegatten erscheint mir aus den von Meikel angeführten Gründen nicht haltbar (a. a. O. S. 382). Art. 83 gilt somit auch im Falle des Todes eines Ehegatten — allerdings nur soweit nicht Art. 84 entgegensteht.

Art. 84 steht dann nicht entgegen, wenn der überlebende Ehegatte die neurechtliche Erbfolge nicht ausschlägt: somit kann in diesem Falle die Ausgleichung nach Art. 83 beantragt werden. Ich sage „in diesem Falle", d. h. wenn der überlebende Ehegatte die neurechtliche Erbfolge nicht ausschlägt, nur im Gegensatz „zum Falle der Ausschlagung". Strenggenommen umfaßt „dieser Fall" der Nichtausschlagung, wie Meikel zeigt, vier Möglichkeiten: daß der überlebende Ehegatte kraft Gesetzes zur Erbfolge berufen ist und die im BGB. bestimmte Erbfolge nicht ausschlägt, ferner, daß er auf Grund Testaments oder Erbvertrags berufen ist und annimmt oder ausschlägt, endlich daß er überhaupt nicht zur Erbschaft berufen ist. (Bl. f. RA. Bd. 67 S. 385.)

Bei allen diesen vier Möglichkeiten des Falles der Nichtausschlagung kann also Ausgleichung beantragt werden. Dies sagt auch der Beschluß des II. C.-S. vom 17. Juni 1903 (oben B 4).

Meine Begründung weicht von der seither vertretenen insofern ab, als hiernach das alte Recht nur über die Frage entscheiden soll, wie ausgeglichen wird, nicht auch über die Frage, wann ausgeglichen wird.

Läßt man das alte Recht auch über die letztere Frage entscheiden, dann muß man meines Erachtens mit Hausmann für den Fall des Todes beim Vorhandensein von Kindern die Ausgleichungsmöglichkeit für das bayerische Landrecht leugnen, da eben in diesem Fall die Ausgleichung unterbleibt und die ganze Errungenschaft den Mann anfällt oder nach Kindsteilen geteilt wird. Bei kinderlosem Versterben könnte man nach Tl. I Kap. 6 § 38 Ausgleichung annehmen.

Einerlei, ob man meiner Begründung zustimmt oder nicht, halten wir als herrschende Meinung fest:

Auch bei Nichtausschlagung der neurechtlichen Erbfolge ist Ausgleichung zulässig. Gibt man dies zu, dann erhebt sich

die Frage: unter welchen Umständen ist diese praktisch durchführbar? Unbestrittenermaßen kann die Ausgleichung nur von allen Erben gemeinschaftlich verlangt werden, widerspricht einer, so gibt es keine Ausgleichung (vgl. Henle-Schneider Note 2 a. E zu Art. 83).

Wer sind nun die Erben des verstorbenen Ehegatten, wenn der Ueberlebende die neurechtliche Erbfolge nicht ausschlägt?

Offenbar erbt dann der überlebende Ehegatte nach neuem Recht, er hat also als Miterbe, vom Falle gültiger Enterbung abgesehen, bei der Ausgleichung mitzureden: er muß zustimmen, wenn die Ausgleichung erfolgen soll; stimmt er nicht zu, dann unterbleibt sie: er kann sie also ganz allein als Miterbe verhindern, auch wenn alle anderen Erben sie verlangen. Er hat ein „Obstruktionsrecht". In diesem Fall verwandelt sich das im Gesetz vorgesehene Wahlrecht jedes der beiden Ehegatten in ein einseitiges Wahlrecht des überlebenden Ehegatten.

Beispiel: Beiderseitiges Einbringen ist nicht vorhanden. Reine Errungenschaft: 100 000 Mk. von Mann durch Spekulation erworben. Die Frau stirbt, kraft Gesetzes neurechtlich beerbt. Sämtliche Erben verlangen von Ehemanne die Ausgleichung: als Miterbe verweigert er die Zustimmung. Er behält die 100000 Mk.

---

## § 26 des Verlagsgesetzes.

Von Oberbibliothekar **K. Schulz** zu Leipzig.

Da das Urteil des OLG. Dresden 7. C.-S. betr. den § 26 des Verlagsgesetzes von einem Mitgliede des OLG. in Nr. 6 dieser Zeitschrift (S. 149) seinem wesentlichen Inhalt nach veröffentlicht worden ist, erscheint seine kritische Besprechung angemessen.

Nach einem auf den deutschen Universitäten z. B. Göttingen, Bonn, München, Leipzig im Laufe des 19. Jahrhunderts vielfach geübten Gebrauche haben Universitätsprofessoren als Autoren von Lehrbüchern und Grundrissen die für ihre Zuhörer benötigte Anzahl von Exemplaren vom Verleger zum Buchhändlerpreis bezogen und sie gegen Erstattung dieses Preises den Hörern übermittelt. Die Absatzfähigkeit mancher Lehrbücher und besonders vieler Grundrisse ohne zusammenhängenden Text, die Möglichkeit, neue Auflagen in kurzen Zwischenräumen zu veranstalten, wurde durch diesen Gebrauch begünstigt. Der Verleger sah sich im Vertriebe des Buches durch den Verfasser unterstützt; die Vermittelung des Sortimentsbuchhandels wurde als unnötig und kostspielig nicht in Anspruch genommen. Dieser Gebrauch ist in der vom Buchhandel ausgegangenen Verlagsordnung von 1892 und 1893 (§ 25) ausdrücklich anerkannt worden. Voigtländer (Das Verlagsrecht an Schriftwerken 2. Aufl. 1893 S. 81) bemerkt: „Der Ausschuß für die VO. wollte dem Verfasser den beliebigen Verkauf der ihm mit Nachlaß von 25 Prozent abgetretenen Exemplare nicht verwehrt wissen." Den § 25 der VO. hat § 26 des VG. übernommen. Die Motive sagen: „Die Befugnis des Verfassers, von dem Verleger die Ueberlassung der zu dessen Verfügung stehenden Abzüge des Werkes gegen Zahlung des niedrigsten Preises zu fordern, entspricht einem schon jetzt bestehenden Gebrauche."

Wenn das OLG. das zugunsten der Professoren lautende erstinstanzliche Teilurteil aufhebt und ausführt, daß dem Verleger das Vertriebsrecht durch eine solche Auslegung des § 26 in ganz erheblicher Weise geschmälert werde, so ist dem entgegenzuhalten, daß durch den Partiebezug für die Hörer der Vertrieb des Verlegers gefördert aber nicht beeinträchtigt wird. Wenn der Verleger den Buchhändlerpreis für die dem Autor übergebenen Exemplare erhalten hat, so ist sein Vertriebsrecht bezüglich dieser Exemplare erledigt. Von einer Störung des Vertriebsrechts des Verlegers hierbei zu sprechen und sich auf den § 1 des VG. zu berufen, wie es das OLG. tut, ist weder juristisch noch wirtschaftlich berechtigt. Der genannte § 1 will den Verleger gegen eine weitere Vervielfältigung des übernommenen Werkes und gegen Verbreitung solcher unrechtmäßig hergestellter Exemplare auch durch den Autor schützen. An einen Schutz der Verbreitung der rechtmäßigen Exemplare durch den Verleger selbst, wie das OLG. will, ist hiebei sicherlich nicht gedacht. Diese die Organisation des Buchhandels angehenden Folgerungen liegen ganz außerhalb des Gesichtskreises des VG. Wohl könnte von einem gestörten Vertrieb der Sortimentsbuchhändler gesprochen werden, aber ein ausschließliches Vertriebsrecht des Sortimentsbuchhandels ist weder im VG., noch in den Satzungen des Börsenvereins anerkannt. Niemals kann ein über seine Aufgabe klarer Verlagsbuchhandel sich dem Sortiment mit gebundenen Händen überliefern. Die augenblickliche Politik des Börsenvereins verfolgt allerdings ein solches Ziel, aber Politik ist kein Recht.

Statt den Verlagsbuchhandel zu schützen, schädigt ihn das Urteil des OLG., und die wichtige Literaturgattung der Grundrisse ohne zusammenhängenden Text erscheint, falls das Urteil des OLG. bestätigt werden sollte, gefährdet. Es kommen hier allgemeinere wirtschaftliche Gesichtspunkte in Frage, ob der Zwischenhandel nur da zu schützen ist, wo er zum Umsatz notwendige Arbeit verrichtet, oder ob neue Zoll- und Stapelrechte für einen Stand geschaffen werden sollen, auch da, wo seine Arbeit entbehrt werden kann. Der § 26 hat dem Autor nach einem „bestehenden Gebrauche" einen bedeutsamen Rest der Verfügungsgewalt über sein geistiges Erzeugnis gelassen, das

OLG. Dresden will ihm diesen gegen den klaren Sinn des Gesetzes und gegen das Bedürfnis des geistigen Lebens nehmen.

Der zwischen den Professoren Binding, Wundt, Ostwald und der Firma Wilhelm Engelmann schwebende Prozeß ist in Wirklichkeit ein Prozeß der genannten Professoren und des verklagten Verlags, der den § 26 gerne weiter so, wie es bisher geschehen ist, handhaben würde, auf der einen Seite, gegen den Börsenverein der Buchhändler auf der andern Seite. Der beklagtische Anwalt vertritt in seinen Ausführungen „die zur Zeit maßgebenden Faktoren im deutschen Buchhandel“ und deren Ansichten, nicht die Interessen des wissenschaftlichen Verlags. Um den in Aussicht stehenden Zwangsmaßregeln des Börsenvereins zu entgehen, ließ sich die angesehene Verlagsbuchhandlung von ihren Autoren, mit denen sie im besten Einvernehmen lebt, verklagen, in der sicheren Erwartung, daß der gerichtliche Ausspruch über den unbestreitbaren Sinn des § 26 sie gegen die einseitig nur die Interessen des Sortimentsbuchhandels wahrnehmende Politik des Börsenvereins schützen werde. Das OLG. hat diese tatsächlichen Verhältnisse nicht durchschaut.

Es ist zu erwarten, daß der Spruch des Reichsgerichts der Entstehungsgeschichte und dem Wortlaut des § 26 gerecht wird. Will man einem Mißbrauch des durch ihn festgestellten anscheinend ganz schrankenlosen Rechts der Autoren begegnen, so bietet die Berufung der Motive auf den „bestehenden Gebrauch“ eine passende Handhabe. Durch diesen würde sich vielleicht die einschränkende Auslegung[1]) des § 26 rechtfertigen: „der Verleger hat die Abzüge des Werkes zu dem niedrigsten Preise . . . dem Verfasser, soweit dieser es in **Ausübung seiner Lehrtätigkeit zur Uebermittelung an seine Zuhörer oder zum eigenen Bedarf** verlangt, zu überlassen.“

Hiermit würde jeder Ausdehnung des Rechts der Autoren über seinen ursprünglichen Sinn hinaus vorgebeugt, der häufigste und wichtigste Anwendungsfall des „bestehenden Gebrauchs“, den das Gesetz schützen will, aber nicht beseitigt.

Wenn das OLG sagt, Autoren von der Bedeutung der Kläger würden bei dem dispositiven Charakter des § 26 eine Gestaltung des Verlagsvertrags künftig leicht erlangen können, die den von ihnen vertretenen humanistischen Interessen Rechnung trage, so verkennt es, daß gerade dieser vom Vorstand des Börsenvereins inszenierte und von dem Rechtsanwalt dieser Interessenvertretung verfochtene Prozeß dazu dienen soll, die bisherige Uebung zu beseitigen. Es wäre dann nur ein kleiner Schritt weiter, die Freiheit des Verlags aufzuheben und ihm die vertragsmäßige Einräumung des aberkannten Rechts des § 26 zu verbieten. Es sollen neue „gute Sitten“ des Buchhandels geformt und „Treu und Glauben“ neu geprägt werden.

Die Aufnahme des § 26 in das VG. hatte den Sinn, den Verfasser als den wirtschaftlich schwächeren Teil gegen die Uebermacht des Verlags zu schützen. Im vorliegenden Fall glaubt der verklagte Verleger, daß auch seinen Interessen mit der Vorschrift des § 26 in ihrer bisherigen Auffassung gedient ist. An die Stelle der Uebermacht des Verlegers tritt hier die Interessenpolitik des Börsenvereins. Auch gegen diese sollte der § 26 die Verfasser schützen. Das Urteil des OLG. hat aber den § 26 in seinem allein wichtigen Anwendungsfall aufzuheben gesucht. Damit überschreitet es die der Rechtsprechung gezogenen Grenzen. Kann wirklich jetzt der § 26 ohne Schädigung der Gesamtinteressen des Buchhandels nicht mehr so ausgeführt werden wie bisher, so möge doch der Börsenverein seine Aenderung durch die Gesetzgebung beantragen.

[1]) Den „bestehenden Gebrauch“ zugunsten anderer Kreise nachzuweisen, würde Sache der durch den Gebrauch Berechtigten sein.

---

## Beziehungen zwischen militärischer Selbstbefreiung und Fahnenflucht.

*Von Kriegsgerichtsrat, Hauptmann d. R. **Dr. Steidle** in Neu-Ulm.*

Nach Mil.StGB. § 79 wird ein militärischer Gefangener, welcher sich selbst befreit — wenn nicht die **härtere** Strafe der Fahnenflucht **verwirkt** ist — mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten bestraft. Die einfache Fahnenfluchtsstrafe, wenn unerlaubte Entfernung in der Absicht dauernder Dienstpflichtentziehung vorliegt, bewegt sich zwischen dem erwähnten Maximum der Selbstbefreiungsstrafe von sechs Monaten und zwei Jahren Gefängnis, im ersten Rückfall ist der Strafrahmen 1 Jahr bis 5 Jahre, im wiederholten Zuchthaus von 5 bis zu 10 Jahren (§ 70).

Der Versuch der Fahnenflucht ist strafbar; jener der Selbstbefreiung nicht, d. h. es könnte wegen eines Befreiungsversuchs nur eine Beahndung nach § 1 Ziff. 1 der Disziplinarstrafordnung eintreten, indem darin ein Verstoß gegen die militärische Zucht und Ordnung zu erblicken ist, wenn z. B. ein Gefangener sich anschickt, dem ihn transportierenden Unteroffizier zu entspringen. Ein Handeln zum Zwecke der Selbstbefreiung ist natürlich dann sogar gerichtlich strafbar, wenn das angewandte Mittel selbst ein Reat in sich schließt, wie z. B. eine Widersetzung (vgl. RMil.Ger. 2, 171).

Angesichts des § 73 StGB., wonach dann, wenn eine und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze verletzt, nur das Gesetz anzuwenden ist, welches die schwerste Strafe ꝛc. androht, müssen sich Zweifel ergeben, ob der Selbstbefreiungs- und der Fahnenfluchtsparagraph zu einander in

Ideal- oder in sogenannter Gesetzeskonkurrenz stehen. Wie neuestens M. E. Mayer in seiner Schultzeschen Festgabe „Die allgemeinen Strafschärfungsgründe des Deutschen Militär-Strafgesetzbuchs"[1]) S. 20 hervorhebt, gehören diese Konkurrenzbegriffe „leider nicht zu den allseitig geklärten"; indem Mayer es aber unternimmt, sie zu zerlegen, kommt er zu dem Schluß, die „Aushilfregel" des § 73 gelte in Fällen wirklicher Gesetzeskonkurrenz; letztere könne daher „nicht restlos aufgelöst werden, keines der anwendbaren Gesetze weicht dem andern gänzlich; die Schuldigsprechung wird auf alle gestützt". (S. 21.)

Und dann fährt Mayer fort, „nur die Funktion, den auf die Handlung anwendbaren Strafrahmen herzugeben, wird ausschließlich dem strengsten Gesetz übertragen. Diese echte Gesetzeskonkurrenz führt den Namen Idealkonkurrenz; sie ist die lediglich nach Anweisung des § 73 entscheidbare Konkurrenz".

Indem Mayer in Anm. 31 auch noch auf Berner Bezug nimmt, nach welchem eine zu beurteilende Handlung dann „die Merkmale mehrerer Verbrechen" enthält, wenn sie unter mehrere Gesetze subsumiert werden kann und somit auch mehreren Gesetzesbegriffen unterfällt, so dürfte unsere Frage dahin zu beantworten sein, daß § 79 und §§ 69, 70 Mil.StGB. in begrifflichen Zusammenhang oder, wie man auch sagt, in rechtlichen Zusammenfluß, sohin in Idealkonkurrenz zu einander treten können.

Die Selbstbefreiung geht ja — wenn es sich um eine solche handelt — zeitlich stets der Fahnenflucht voraus; sie wird nur härter bestraft, wenn in ihr zugleich die Tatbestandsmerkmale der Desertion enthalten sind. Die Selbstbefreiung ist also die primäre Verfehlung, welcher das eigenmächtige und vorsätzliche Sichentfernen (§ 64) in Desertionsabsicht (§ 69) erst folgt, wenn auch letztere schon dem Entschlusse, sich zu befreien, meist inne wohnen mag.

Mayer konstruiert einen anderen Fall der Idealkonkurrenz des § 79, nämlich mit § 149 unter der Annahme (S. 39), ein Gefangener befreit sich selbst — ohne sich dabei der Fahnenflucht oder sonst eines Delikts schuldig zu machen —, benutzt aber zu seiner Selbstbefreiung eine Dienstwaffe, etwa indem er mit ihr den Posten einschüchtert. Die Schuldigsprechung wegen dieser Handlung müßte nach Mayer auf die §§ 149 und 79 gestützt werden, „die Strafe wäre, da nach § 79 höchstens auf 6 Monate Gefängnis erkannt werden könnte, aus dem strengeren § 149 zu entnehmen." Ob Mayer durch den von mir in Gedankenstriche gesetzten Satz eine Idealkonkurrenz zwischen Selbstbefreiung und Fahnenflucht ausschließen wollte, ist nicht ganz klar. Gerade sein Beispiel der begrifflich denkbaren Beziehungen zwischen § 79 und 149 dürfte aber dafür sprechen, daß analog bei einem gleichzeitigen Verstoß gegen die §§ 69/70 und 79 auch der Schuldausspruch auf diese beiden Paragraphen zu stützen, die Strafe aber — aus dem gleichen Grund wie bei der Konkurrenz zwischen § 79 und 149 — „aus dem strengeren § zu entnehmen" ist, nämlich aus § 70.

Die Fahnenflucht ist eine erweiterte, schwerere unerlaubte Entfernung; wenn aber allgemein zugegeben wird, daß ideale Konkurrenz zwischen letzterer und Selbstbefreiung (§ 79 mit § 64 bzw. 66) gegeben sei, so z. B. neuestens von Koppmann-Weigel (Kommentar z. Mil.-StGB. S. 287) oder Herz-Ernst (Mil.StGB. S. 167 und Strafrecht der Militärpersonen S. 102), so ist eigentlich nicht einzusehen, warum nicht um so mehr bei Fahnenflucht diese echte Begriffsbeziehung zur Selbstbefreiung anerkannt und nur eine uneigentliche sogen. Gesetzeskonkurrenz zugegeben werden will.

Herz-Ernst nehmen übrigens nicht ganz klar Stellung zu dieser Frage, denn sie sprechen zu Beginn ihrer bezüglichen Note 3 davon, daß „zwischen dem Vergehen des § 79 und der unerlaubten Entfernung oder der Fahnenflucht §§ 64, 69 Gesetzeskonkurrenz" besteht, während es am Schluß dieser Bemerkung heißt: „Zwischen § 66, 67 und 79 besteht ideale Konkurrenz". Wenn letztere für erschwerte unerlaubte Entfernung angenommen wird, weil bei Vorliegen des § 66 (Abwesenheit über 7 Tage) neben der Selbstbefreiungs-Freiheitsstrafe des § 79 „die härtere Strafe" von mindestens 43 Tagen Gefängnis „verwirkt ist" — um hier die in § 79 bezüglich der Fahnenflucht gewählten Worte zu gebrauchen — dürfte logischerweise auch gerade hinsichtlich der Fahnenflucht Idealkonkurrenz anzunehmen sein.

Koppmann hatte in seinen ersten beiden Auflagen noch gleichmäßig dahin sich erklärt (S. 252 bzw. 279 zu Note 10), es „erscheine" eine ideale Konkurrenz zwischen § 69 und § 79 nicht zulässig, weil hier das schwerere Reat begrifflich das leichtere „in sich enthalte"; die Idealkonkurrenz mit erschwerter unerlaubter Entfernung erkannte er aber an.

Und Koppmann-Weigel haben die Worte „erscheint" durch „ist", und „in sich enthält" durch „ausschließt" ersetzt unter Verweisung auf das III. Prüfungsergebnis des Reichsmilitärgerichts Ziff. 124. Letzteres wird auch von Herz-Ernst zitiert, ebenso von Endres in seiner Handausgabe des Mil.StGB. S. 68 mit der kurzen Bemerkung, bei Nachweis der Desertionsabsicht seien im Fall der Selbstbefreiung die „Fahnenfluchtsbestimmungen allein anwendbar".

Das bezügliche PE. III 124 lautet: „Ein Gefangener, welcher sich selbst befreit, wird, wenn die härtere Strafe der Fahnenflucht verwirkt ist, nicht auch wegen Selbstbefreiung bestraft". Dieses

[1]) Sonderausgabe, bei C. L. Hirschfeld, Leipzig 1903 erschienen.

Axiom spricht aber doch nur von der Straffindung, nicht auch vom Schuldausspruch; wenn also der Selbstbefreier — wie ja aus § 79 sich schon ergibt — im Falle der Fahnenflucht mit der härteren Strafe dieses Reats belegt werden muß, so schließt das doch nicht aus, daß im Schuldausspruch auch seiner Verfehlungen gegen § 79 gedacht wird.

Erst ein späteres Prüfungsergebnis — VI 98 — besagt unter Hinweis auf das eben erwähnte dritte: „Zwischen dem Vergehen des § 79 Mil.-StGB. und der Fahnenflucht besteht nicht Ideal-, sondern Gesetzeskonkurrenz". Aber so wenig wie PE. III 124 ist letzteres vom Reichsmilitärgericht näher erläutert, da die Prüfungsergebnisse bekanntlich ohne Begründung nur in Form kurzer Leitsätze erscheinen. Und auch in den oben genannten Kommentaren wird man eine Begründung ihrer mit diesen Prüfungsergebnissen sich deckenden Ansicht vergeblich suchen.

Schlayer erklärt in seinem Militärstrafrecht S. 44 Note 360, es sei ein „ideales Zusammentreffen des § 79 mit §§ 64—67, sowie mit §§ 94, 96, 97, 106, 137 und StGB. § 122 möglich". Er scheint also, wie ich es hier verfechte, die Idealkonkurrenz der Selbstbefreiung mit einfacher unerlaubter Entfernung anzuerkennen, und müßte somit den viel weiteren Schritt mit mir tun, bezüglich der Fahnenflucht gleichfalls die ideale Konkurrenz anzuerkennen, wenn er auch schreibt, § 79 sei bei Zusammentreffen mit § 69 „nicht zugleich anwendbar".

Die Tragweite der zwischen § 79 und § 69 anzunehmenden Idealkonkurrenz leuchtet aber ein, wenn man annimmt, daß einmal auf Grund des Verhandlungsergebnisses das Kriegsgericht die Fahnenfluchtsabsicht nicht festzustellen vermöchte; dann bliebe doch noch die Selbstbefreiung bestehen, die unter allen Umständen von vorneherein vorlag, ohne daß es nun einer anderen rechtlichen Beurteilung der mitangenommenen Fahnenflucht im Sinne des § 317 Mil.StGO. bedürfte. Klarer wird das Verhältnis noch, wenn man sich einen Soldaten vorstellt, der heimlich desertiert ist im Gegensatz zu einem solchen, der auf dem Transport entflieht. Nicht bloß daß letzterer seinen Transporteur womöglich wegen fahrlässiger Gefangenenbefreiung selbst noch vor Gericht bringt (§ 144 Mil.StGB.), hat der Selbstbefreier doch auch gegen die militärische Disziplin sich noch in speziellerer Weise verfehlt als der heimliche Durchgänger. Würde es trotzdem wirklich genügen, dieses Erschwerungsmoment bei Annahme von Fahnenflucht lediglich in den Erwägungen über die Höhe des Strafausmaßes zum Ausdruck zu bringen? Oder wäre es nicht korrekter, gerade hinsichtlich der Feststellung des Tatbestands und der rechtlichen Qualifikation, wenn direkt ausgesprochen wird, daß der Angeklagte sich dem Machtbereich seines Transporteurs entzogen und in Desertionsabsicht hiebei das Weite gesucht hat, daß er also eines militärischen Vergehens der Selbstbefreiung als Gefangener im rechtlichen Zusammenhang mit dem militärischen Vergehen der Fahnenflucht sich schuldig gemacht habe?

Es schwebt mir hiebei ein markanter Fall vor, der auch in der Tagespresse kurz erwähnt wurde, indem ein in München wegen Fahnenflucht aufgegriffener Chevauleger durch einen Unteroffizier der dortigen Garnison nach Augsburg in Untersuchungshaft transportirt werden sollte, unterwegs aber durch ein Fenster des noch in der Fahrt begriffenen Zugs hinauskletterte, die Geleise übersprang und im nächsten Wald verschwand, bis er nach wochenlangem Umherstreunen in Tegernsee wieder festgenommen wurde. Daß dem Gesetze gegenüber dieser Mann zur ersten eine zweite Fahnenflucht hinzugefügt hatte, zumal er zugab, kaum jemals selbst zu seinem Regimente zurückgekehrt zu sein, ist ja zweifellos; von seinem Standpunkt aus könnte es höchstens sich fragen, ob er durch die erst in München erfolgte Verhaftung in dem einmal gefaßten Desertionsentschluß sich stören ließ oder ob er nicht bei seinem Sprung aus der Bahn dachte, seine erste Fahnenflucht einfach fortzusetzen. Aber einschneidend für unser Thema scheint mir gerade hier das Moment der Selbstbefreiung! Der Unteroffizier wurde wegen fahrlässiger Gefangenenbefreiung unter Anklage gestellt und freigesprochen; Desertionsbeförderung konnte überhaupt nicht in Frage kommen. Aber für den Soldaten blieb es doch ein gravierendes Tatbestandsmerkmal seiner zweiten Fahnenflucht, daß er sie unter Selbstbefreiung in so raffinierter Weise durchsetzte. Ich hatte die Anklage deshalb auch aus § 79 mit §§ 69, 70 Mil.-, § 73 RStGB. formuliert; das Kriegsgericht schloß aber die Selbstbefreiung aus und verurteilte ihn lediglich wegen zweimaliger Fahnenflucht.

Gerade „militärdienstliche Interessen", mit denen prozessual unsere neue Mil.StGO. stets rechnet und die in den Erkenntnissen des Reichsmilitärgerichts auch materiellrechtlich eine so große Rolle spielen, scheinen mir nach wie vor bei den zweifelhaften Beziehungen zwischen militärischer Selbstbefreiung und Fahnenflucht für Annahme der Ideal-, nicht bloß einer Gesetzeskonkurrenz zu sprechen!

## Mitteilungen aus der Praxis.

**Bemerkungen zu § 296 StPO. und zu § 157 StGB.** Nach § 296 StPO. darf im schwurgerichtlichen Verfahren die beantragte Vorlegung von Hilfs- und Nebenfragen nur aus Rechtsgründen abgelehnt werden. Es besteht jetzt allgemeines Einverständnis darüber, daß dem Gerichte die Ablehnung einer solchen Frage nur zustehen soll, wenn diese sich als rechtlich unzulässig oder ihr Inhalt sich als rechtlich bedeutungslos darstellt, die Antwort der Geschwo-



renen also auch einen Einfluß auf das Urteil nicht würde äußern können (Löwe, StPO. Note 1 zu § 296; Stenglein, StPO. Note 1 ebenda; Dalcke, Fragestellung und Verdikt [2. Aufl.] S. 90; Entsch. d. Reichsg. Bd. 8 S. 222; Rspr. d. Reichsg. Bd. 5 S. 268; Ann. d. Reichsg. Bd. 7 S. 550). Ja, sogar solche Fragen, die ihrem tatsächlichen Inhalt nach mit offenkundigen Tatsachen oder mit dem Beweisergebnis in schreiendem Widerspruch stehen, müssen, wenn nicht Rechtsgründe die Ablehnung ermöglichen, den Geschworenen vorgelegt werden (Erk. d. 3. St.-S. d. Reichsg. vom 27. April 1881 in den Ann. Bd. 7 S. 593). In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Fall hatte das Gericht unter Protest der Staatsanwaltschaft gegenüber der Hauptfrage aus §§ 154, 153 StGB. die von dem Verteidiger beantragten Nebenfragen aus § 157 Abs. 1 Ziff. 2 StGB. zugelassen, obwohl die Angeklagten gar nicht zugunsten einer Person, rücksichtlich deren sie die Aussage ablehnen durften, als Zeugen ihre Aussage gemacht hatten und, insoweit dies dennoch der Fall gewesen, sei unbestritten über ihr Recht, die Aussage zu verweigern, belehrt worden waren. Die Revision des Staatsanwalts wurde vom Reichsgericht mit der angeführten Begründung verworfen. Nicht einmal Rechtsgründe vermögen in allen Fällen die Ablehnung von Hilfs- und Nebenfragen der bezeichneten Art ausreichend zu decken. Eine Prostituierte stand unter der Anklage des Meineids vor den Geschworenen; den Meineid hatte sie nach der Anklage in dem Strafverfahren gegen den Bordellinhaber wegen Kuppelei geleistet. Der Verteidiger beantragte die Vorlegung einer Nebenfrage aus § 157 Abs. I Ziff. 1 StGB., indem er ausführte, in der gewerbsmäßigen Unzucht sei eine Beihilfe zur Kuppelei zu erblicken, und dieses Vergehens hätte sich die Angeklagte im Falle wahrheitsgemäßer Zeugenaussage selbst beschuldigen müssen. Das Gericht erwog, es gehe nicht an, die gewerbsmäßige Unzucht als Beihilfe zur Kuppelei zu erklären, und lehnte demgemäß die Fragestellung ab. Also aus Rechtsgründen. Auf Revision der Verteidigung wurde dann das Urteil aufgehoben, da die Ablehnung der Frage einen unzulässigen Eingriff in die Rechte der Geschworenen darstelle; diese konnten sich ja die rechtliche Konstruktion des Verteidigers aneignen, konnten wirklich einen Fall der Beihilfe zur Kuppelei als vorliegend erachten oder „von irgend welcher anderen Beurteilung der Tatsachen und Tatbestandsmerkmale ausgehend, schlechthin für erwiesen erklären, daß die Angabe der Wahrheit gegen die Angeklagte eine Verfolgung wegen eines Verbrechens oder Vergehens nach sich ziehen konnte“ (oben mitgeteiltes Erkenntnis des Reichsg.(Entsch. Bd. 8 S. 222). Mit anderen Worten: die Ueberzeugung des Gerichts von der rechtlichen Unmöglichkeit einer von den Parteien versuchten Konstruktion, die den Strafminderungsgrund des § 157 cit. begründen soll, ist kein Rechtsgrund im Sinne des § 296 StPO. Wenn die beantragte Frage, rein äußerlich und ohne jede Beziehung auf den vorliegenden Fall betrachtet, nur in einem von dem Strafgesetz aufgestellten Tatbestand oder irgendwie für rechtlich erheblich erklärten Sachverhalt ihre Stütze findet, so muß sie, falls rechtzeitig beantragt, auch gestellt werden, es müßte denn sein, daß der durch Bejahung der Frage in die Erscheinung tretende Sachverhalt wegen Verjährung oder mangels des Strafantrages rechtlich bedeutungslos wäre. Diese Auffassung des Reichsgerichts scheint mir von allzu weitgehender Milde gegen den Angeklagten diktiert zu sein, sie erweitert auch die Freiheit der Geschworenen in der Beurteilung des durch die Verhandlung, insbesondere die Beweiserhebung, vor ihnen aufgerollten Materials meines Erachtens in nicht hinlänglich gerechtfertigter Weise ins Ungemessene und führt, wie an einem der Praxis eines bayerischen Schwurgerichts entnommenen Falle gezeigt werden soll, zu recht sonderbaren Konsequenzen. Schm. hatte Privatklage wegen Beleidigung gegen H. gestellt. Der Angeklagte benannte den M. als Zeugen dafür, daß der Privatkläger ein Mann sei, mit dem man nicht auskommen könne, er habe auch schon einmal Anlaß zu einer Beschwerde an seine vorgesetzte Stelle gegeben. Die durch das Gericht von der Behörde erholte Beschwerdeschrift mit den Anschuldigungen gegen Schm. lag dem Gerichte vor. M. wurde als Zeuge unter seinem Eid vom Vorsitzenden befragt, wer deren Verfasser sei. Er bezeichnete sich selbst als solchen. Die weitere Frage, ob ihn jemand zur Abfassung der Beschwerdeschrift veranlaßt oder ihm bei deren Anfertigung geholfen habe, verneinte er ausdrücklich. In Wirklichkeit war der Plan zu der Beschwerde von dem Angeklagten H. ausgegangen und die Beschwerdeschrift war von einem Dritten verfaßt worden. M. hatte von der ganzen Sache erst Kenntnis erlangt, als ihm dieser Dritte den vollkommen fertiggestellten Entwurf der Beschwerdeschrift übergab; seine Tätigkeit beschränkte sich darauf, daß er auf Ersuchen des die Beschwerdeangelegenheit hauptsächlich betreibenden H. als gefälliger Mittler es übernahm, die Beschwerdeschrift, deren Urgrund er kannte und deren wahrer Urheber im Dunkeln bleiben sollte und wollte, ins Reine zu schreiben, zu unterzeichnen und an die Behörde abzusenden. M. kam, nachdem sich der wahre Sachverhalt herausgestellt hatte, unter der Anklage des Meineids vor die Geschworenen. Entsprechend einem Antrage der Verteidigung wurde die Nebenfrage aus § 157 Ziff. 1 StGB. in den Fragebogen aufgenommen, die die Geschworenen denn auch bejahten. Man wird zugeben müssen, daß der Gesetzgeber, als er die angezogene Bestimmung traf, Fälle von der Art des unsrigen darunter nicht begriffen wissen wollte. § 157 rechnet in seinen beiden Ziffern mit Zwangslagen, in denen der schwörende Zeuge oder Sachverständige bei Abgabe seiner Aussage sich befunden hat: die Verletzung der Eidespflicht soll weniger streng geahndet werden, wenn sie der Rücksicht auf die eigene Person oder auf nahe Angehörige des Schwörenden entsprungen ist, d. h. dem begreiflichen Bestreben, sich selbst vor strafrechtlicher Verfolgung (wegen eines Verbrechens oder Vergehens) zu bewahren oder der ihm nahestehenden angeklagten Person herauszuhelfen.[1]) Trifft nun die ratio legis auf unseren Fall zu? Wir wollen sehen. Hätte M. wahrheitsgemäß bezeugt, daß er den Entwurf der Beschwerdeschrift

[1]) Zu dieser Erwägung des Gesetzgebers will es allerdings nicht recht passen, wenn im Falle des § 157 Ziff. 1 das Reichsgericht es als vollkommen belanglos bezeichnet, ob sich der Schwörende bei Abgabe des Zeugnisses der Möglichkeit einer bei Angabe der Wahrheit ihm selbst drohenden strafrechtlichen Verfolgung bewußt war oder nicht (Entsch. Bd. 23 S. 149).

nur ins Reine geschrieben und die Reinschrift nach Unterzeichnung mit seinem Namen weiterbefördert habe, so hätte er sich allerdings eines Vergehens, nämlich der Beihilfe zur Beleidigung oder falschen Anschuldigung, bezichtigt und den Grund für eine mögliche Verfolgung hiewegen gelegt: denn er kannte die Unwahrheit der in der Beschwerde über Schm. behaupteten Tatsachen, mit denen dieser der Verletzung von Amtspflichten beschuldigt werden sollte, recht wohl, wenn er auch persönlich an der Abfassung und Vorlegung der Beschwerdeschrift kein Interesse hatte. Aber seine Strafe wäre nach §§ 49, 44 StGB. zu ermäßigen gewesen, und selbst wenn man in seiner Tätigkeit nicht mehr Beihilfe, sondern wirkliche Mittäterschaft erblicken wollte, so wäre bei Bemessung der Strafe zu berücksichtigen gewesen, daß M. ohne eigenes Interesse an der Sache, lediglich aus Gefälligkeit und Unterwürfigkeit gegen seine Hintermänner und in einer gewissen Zwangslage sich zu seiner Tat verstanden hatte. Indem er aber als beeidigter Zeuge die Sache ganz auf sich nahm, sich selbst als den unbeeinflußten Verfasser der Beschwerdeschrift bezeichnete und jede fremde Mitwirkung bei deren Plan und Ausführung auf das bestimmteste in Abrede stellte, beschuldigte er sich gerade durch Angabe der Unwahrheit des **schwerer** strafbaren Vergehens, nämlich der Beleidigung oder falschen Anschuldigung als **deren einzigen Täter** oder doch zum mindesten — wenn seine wirklich entfaltete Tätigkeit über den Rahmen der Beihilfe hinausgegangen sein sollte — der Täterschaft in weit höher strafbarer Form. Er befand sich also bei Abgabe seines Zeugnisses keineswegs in der von § 157 Ziff. 1 StGB. vorausgesetzten Zwangslage: nicht das **Verschontbleiben** mit einer Anklage wegen Beleidigung oder falscher Anschuldigung winkte ihm als Preis des Meineids, sondern **die Anklage wegen eines weit strenger strafbaren Vergehens, als das** bei wahrheitsgemäßer Aussage zugestandene **war**. M. mußte erwägen: Sage ich die Wahrheit, so bin ich minder strafbar; schwöre ich falsch, so reite ich mich erst recht in die Tinte. Also schwöre ich — falsch! Das Widersinnige der Anwendung des § 157 auf unseren Fall bedarf nicht der weiteren Ausführungen, nach der Anschauung des Reichsgerichts war sie aber unbedingt geboten.

Landgerichtsrat Dr. **Hammerer** in Bayreuth.

---

**Zu §§ 58, 60, 65 ff. des Personenstandsgesetzes.** Am 7. Juli 1904 ertrank der Söldnerssohn Johann B. beim Baden im Flusse A., einem Nebenflusse der Donau, im Bezirke des Standesamtes E. Das Amtsgericht A., dem die Gemeindeverwaltung E. Anzeige von dem Unglücksfall erstattete, hielt eine richterliche Leichenschau nicht für erforderlich, erteilte die Genehmigung zur Beerdigung und legte die Verhandlungen mit einer Gendarmerieanzeige über den Tod des B. der Staatsanwaltschaft vor, die sie, weil ein Verschulden Dritter nicht vorlag, ohne eine weitere Verfügung erledigte. Am 10. Juli 1904 wurde Johann B. in E. begraben. Da eine schriftliche Mitteilung über den Todesfall nicht einlief, ließ der Standesbeamte in E. am 14. Juli 1904 den Vater des Johann B. kommen und beurkundete auf seine Anzeige hin, daß Johann B. „zu E. **in der Donau** am siebenten Juli des Jahres tausendneunhundertvier nachmittags um dreieinviertel Uhr verstorben sei“. Dieses Verfahren entspricht nicht dem Gesetze. Zunächst darf nach § 58 Abs. 2 des Pers.Ges., wenn eine amtliche Ermittelung über den Todesfall stattfindet, die Eintragung in das Sterberegister nur auf Grund der schriftlichen Mitteilung der zuständigen Behörde erfolgen. Diese hielt mit Unrecht dafür, daß eine amtliche Ermittelung hier weder stattgefunden habe, noch nötig gewesen sei; denn eine solche steht nicht nur dann in Frage, wenn der Verdacht besteht, daß der Tod durch das Verschulden eines Dritten herbeigeführt worden sei, sondern auch, wenn von vornherein feststeht, daß ein Unglücksfall vorliegt (§ IV Abs. 2 der JMB. vom 3. Oktober 1879, JMBl. S. 1573). Schon die Würdigung der Anzeige und die Entscheidung, ob richterliche Untersuchungshandlungen erforderlich sind, oder ob die Genehmigung zur Beerdigung sofort erteilt werden kann, ist eine amtliche Ermittelung im Sinne des § 58 Abs. 2 des Gesetzes; es hätte also das Amtsgericht die vorgeschriebene Mitteilung an das Standesamt E. erstatten müssen. Dabei ist es gleichgiltig, daß der Bürgermeister, der die Anzeige erstattete, und dem die Beerdigungserlaubnis zugestellt wurde, gleichzeitig auch der zuständige Standesbeamte ist; denn die Verbindung der Funktionen der Ortspolizeibehörde und des Standesamtes macht eine besondere Mitteilung an den Standesbeamten nicht überflüssig (JMEntschl. v. 16. Juli 1880, Weber, XIV S. 532). Als Johann B. beerdigt wurde, war sein Tod im Sterberegister noch nicht beurkundet. Nach § 60 Satz 1 des Gesetzes hätte es daher außer der vom Amtsgericht ausgesprochenen noch einer ortspolizeilichen Genehmigung zur Beerdigung bedurft, die aber nicht erwirkt wurde. Doppelt unzulässig war nun das Verfahren des Standesbeamten, der 4 Tage nach der Beerdigung den Tod des B. auf Grund einer Anzeige des Familienhauptes in das Sterberegister eintrug; denn, abgesehen davon, daß die Eintragung, wie gesagt, nur auf eine Anzeige des Amtsgerichtes A. hin erfolgen durfte, mangelte auch die Genehmigung der Aufsichtsbehörde, die erforderlich war, weil die Beerdigung der Vorschrift des § 60 Satz 1 zuwider ohne ortspolizeiliche Erlaubnis vor der standesamtlichen Beurkundung stattgefunden hatte (§ 60 Satz 2 des Gesetzes). Die Aufsichtsbehörde hätte übrigens die Erlaubnis zur Eintragung des Sterbefalles auf Grund der Anzeige des Familienhauptes gemäß § 58 Abs. 2 a. a. O. verweigern müssen. Die Prüfung der Nebenregister des Standesamtes E. veranlaßte im Januar 1905 das Bezirksamt K. als Aufsichtsbehörde, Erhebungen über die näheren Umstände zu pflegen, unter denen der Tod des B. beurkundet worden war. Auf Grund des Ergebnisses ersuchte es das Amtsgericht A., die nach § 58 Abs. 2 a. a. O. erforderliche schriftliche Mitteilung an das Standesamt nachzuholen und unter Löschung der aufgenommenen Sterbeurkunde berichtigend vermerken zu lassen, „daß nach Mitteilung des Amtsgerichtes A. vom . . . . . . . . der Söldnerssohn Johann B. usw. am siebenten Juli des Jahres tausendneunhundertundvier nachmittags um dreieinviertel Uhr in der A . . . . . im Gemeindebezirk E . . . . . ertrunken (tot aufgefunden worden?) sei“. Dabei wurde angenommen, daß nicht nur die unrichtige Bezeichnung des Sterbeortes (in der Donau statt in der A . . . .) eine Berichtigung notwendig mache, sondern daß diese auch deswegen erfolgen müsse, weil die Urkunde entgegen der Vorschrift des § 58 Abs. 2 des Pers.Ges.

renen also auch einen Einfluß auf das Urteil nicht würde äußern können (Löwe, StPO. Note 1 zu § 296; Stenglein, StPO. Note 1 ebenda; Dalcke, Fragestellung und Verdikt [2. Aufl.] S. 90; Entsch. d. Reichsg. Bd. 8 S. 222; Rspr. d. Reichsg. Bd. 5 S. 268; Ann. d. Reichsg. Bd. 7 S. 550). Ja, sogar solche Fragen, die ihrem tatsächlichen Inhalt nach mit offenkundigen Tatsachen oder mit dem Beweisergebnis in schreiendem Widerspruch stehen, müssen, wenn nicht Rechtsgründe die Ablehnung ermöglichen, den Geschworenen vorgelegt werden (Erk. d. 3. St.-S. d. Reichsg. vom 27. April 1881 in den Ann. Bd. 7 S. 593). In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Fall hatte das Gericht unter Protest der Staatsanwaltschaft gegenüber der Hauptfrage aus §§ 154, 153 StGB. die von dem Verteidiger beantragten Nebenfragen aus § 157 Abs. 1 Ziff. 2 StGB. zugelassen, obwohl die Angeklagten gar nicht zugunsten einer Person, rücksichtlich deren sie die Aussage ablehnen durften, als Zeugen ihre Aussage gemacht hatten und, insoweit dies dennoch der Fall gewesen, sei unbestritten über ihr Recht, die Aussage zu verweigern, belehrt worden waren. Die Revision des Staatsanwalts wurde vom Reichsgericht mit der angeführten Begründung verworfen. Nicht einmal Rechtsgründe vermögen in allen Fällen die Ablehnung von Hilfs- und Nebenfragen der bezeichneten Art ausreichend zu decken. Eine Prostituierte stand unter der Anklage des Meineids vor den Geschworenen; den Meineid hatte sie nach der Anklage in dem Strafverfahren gegen den Bordellinhaber wegen Kuppelei geleistet. Der Verteidiger beantragte die Vorlegung einer Nebenfrage aus § 157 Abs. I Ziff. 1 StGB., indem er ausführte, in der gewerbsmäßigen Unzucht sei eine Beihilfe zur Kuppelei zu erblicken, und dieses Vergehens hätte sich die Angeklagte im Falle wahrheitsgemäßer Zeugenaussage selbst beschuldigen müssen. Das Gericht erwog, es gehe nicht an, die gewerbsmäßige Unzucht als Beihilfe zur Kuppelei zu erklären, und lehnte demgemäß die Fragestellung ab. Also aus Rechtsgründen. Auf Revision der Verteidigung wurde dann das Urteil aufgehoben, da die Ablehnung der Frage einen unzulässigen Eingriff in die Rechte der Geschworenen darstelle; diese konnten sich ja die rechtliche Konstruktion des Verteidigers aneignen, konnten wirklich einen Fall der Beihilfe zur Kuppelei als vorliegend erachten oder „von irgend welcher anderen Beurteilung der Tatsachen und Tatbestandsmerkmale ausgehend, schlechthin für erwiesen erklären, daß die Angabe der Wahrheit gegen die Angeklagte eine Verfolgung wegen eines Verbrechens oder Vergehens nach sich ziehen konnte" (oben mitgeteiltes Erkenntnis des Reichsg.Entsch. Bd. 8 S. 222). Mit anderen Worten: die Ueberzeugung des Gerichts von der rechtlichen Unmöglichkeit einer von den Parteien versuchten Konstruktion, die den Strafminderungsgrund des § 157 cit. begründen soll, ist kein Rechtsgrund im Sinne des § 296 StPO. Wenn die beantragte Frage, rein äußerlich und ohne jede Beziehung auf den vorliegenden Fall betrachtet, nur in einem von dem Strafgesetz aufgestellten Tatbestand oder irgendwie für rechtlich erheblich erklärten Sachverhalt ihre Stütze findet, so muß sie, falls rechtzeitig beantragt, auch gestellt werden, es müßte denn sein, daß der durch Bejahung der Frage in die Erscheinung tretende Sachverhalt wegen Verjährung oder mangels des Strafantrages rechtlich bedeutungslos wäre. Diese Auffassung des Reichsgerichts scheint mir von allzu weitgehender Milde gegen den Angeklagten diktiert zu sein, sie erweitert auch die Freiheit der Geschworenen in der Beurteilung des durch die Verhandlung, insbesondere die Beweiserhebung, vor ihnen aufgerollten Materials meines Erachtens in nicht hinlänglich gerechtfertigter Weise ins Ungemessene und führt, wie an einem der Praxis eines bayerischen Schwurgerichts entnommenen Falle gezeigt werden soll, zu recht sonderbaren Konsequenzen. Schm. hatte Privatklage wegen Beleidigung gegen H. gestellt. Der Angeklagte benannte den M. als Zeugen dafür, daß der Privatkläger ein Mann sei, mit dem man nicht auskommen könne, er habe auch schon einmal Anlaß zu einer Beschwerde an seine vorgesetzte Stelle gegeben. Die durch das Gericht von der Behörde erholte Beschwerdeschrift mit den Anschuldigungen gegen Schm. lag dem Gerichte vor. M. wurde als Zeuge unter seinem Eid vom Vorsitzenden befragt, wer deren Verfasser sei. Er bezeichnete sich selbst als solchen. Die weitere Frage, ob ihn jemand zur Abfassung der Beschwerdeschrift veranlaßt oder ihm bei deren Anfertigung geholfen habe, verneinte er ausdrücklich. In Wirklichkeit war der Plan zu der Beschwerde von dem Angeklagten H. ausgegangen und die Beschwerdeschrift war von einem Dritten verfaßt worden. M. hatte von der ganzen Sache erst Kenntnis erlangt, als ihm dieser Dritte den vollkommen fertiggestellten Entwurf der Beschwerdeschrift übergab; seine Tätigkeit beschränkte sich darauf, daß er auf Ersuchen des die Beschwerdeangelegenheit hauptsächlich betreibenden H. als gefälliger Mittler es übernahm, die Beschwerdeschrift, deren Urgrund er kannte und deren wahrer Urheber im Dunkeln bleiben sollte und wollte, ins Reine zu schreiben, zu unterzeichnen und an die Behörde abzusenden. M. kam, nachdem sich der wahre Sachverhalt herausgestellt hatte, unter der Anklage des Meineids vor die Geschworenen. Entsprechend einem Antrage der Verteidigung wurde die Nebenfrage aus § 157 Ziff. 1 StGB. in den Fragebogen aufgenommen, die die Geschworenen denn auch bejahten. Man wird zugeben müssen, daß der Gesetzgeber, als er die angezogene Bestimmung traf, Fälle von der Art des unsrigen darunter nicht begriffen wissen wollte. § 157 rechnet in seinen beiden Ziffern mit Zwangslagen, in denen der schwörende Zeuge oder Sachverständige bei Abgabe seiner Aussage sich befunden hat: die Verletzung der Eidespflicht soll weniger streng geahndet werden, wenn sie der Rücksicht auf die eigene Person oder auf nahe Angehörige des Schwörenden entsprungen ist, d. h. dem begreiflichen Bestreben, sich selbst vor strafrechtlicher Verfolgung (wegen eines Verbrechens oder Vergehens) zu bewahren oder der ihm nahestehenden angeklagten Person herauszuhelfen.[1]) Trifft nun die ratio legis auf unseren Fall zu? Wir wollen sehen. Hätte M. wahrheitsgemäß bezeugt, daß er den Entwurf der Beschwerdeschrift

[1]) Zu dieser Erwägung des Gesetzgebers will es allerdings nicht recht passen, wenn im Falle des § 157 Ziff. 1 das Reichsgericht es als vollkommen belanglos bezeichnet, ob sich der Schwörende bei Abgabe des Zeugnisses der Möglichkeit einer bei Angabe der Wahrheit ihm selbst drohenden strafrechtlichen Verfolgung bewußt war oder nicht (Entsch. Bd. 23 S. 149).

nur ins Reine geschrieben und die Reinschrift nach Unterzeichnung mit seinem Namen weiterbefördert habe, so hätte er sich allerdings eines Vergehens, nämlich der Beihilfe zur Beleidigung oder falschen Anschuldigung, bezichtigt und den Grund für eine mögliche Verfolgung hiewegen gelegt: denn er kannte die Unwahrheit der in der Beschwerde über Schm. behaupteten Tatsachen, mit denen dieser der Verletzung von Amtspflichten beschuldigt werden sollte, recht wohl, wenn er auch persönlich an der Abfassung und Vorlegung der Beschwerdeschrift kein Interesse hatte. Aber seine Strafe wäre nach §§ 49, 44 StGB. zu ermäßigen gewesen, und selbst wenn man in seiner Tätigkeit nicht mehr Beihilfe, sondern wirkliche Mittäterschaft erblicken wollte, so wäre bei Bemessung der Strafe zu berücksichtigen gewesen, daß M. ohne eigenes Interesse an der Sache, lediglich aus Gefälligkeit und Unterwürfigkeit gegen seine Hintermänner und in einer gewissen Zwangslage sich zu seiner Tat verstanden hatte. Indem er aber als beeidigter Zeuge die Sache ganz auf sich nahm, sich selbst als den unbeeinflußten Verfasser der Beschwerdeschrift bezeichnete und jede fremde Mitwirkung bei deren Plan und Ausführung auf das bestimmteste in Abrede stellte, beschuldigte er sich gerade durch Angabe der Unwahrheit des schwerer strafbaren Vergehens, nämlich der Beleidigung oder falschen Anschuldigung als deren einzigen Täter oder doch zum mindesten — wenn seine wirklich entfaltete Tätigkeit über den Rahmen der Beihilfe hinausgegangen sein sollte — der Täterschaft in weit höher strafbarer Form. Er befand sich also bei Abgabe seines Zeugnisses keineswegs in der von § 157 Ziff. 1 StGB. vorausgesetzten Zwangslage: nicht das Verschontbleiben mit einer Anklage wegen Beleidigung oder falscher Anschuldigung winkte ihm als Preis des Meineids, sondern die Anklage wegen eines weit strenger strafbaren Vergehens, als das bei wahrheitsgemäßer Aussage zugestandene war. M. mußte erwägen: Sage ich die Wahrheit, so bin ich minder strafbar; schwöre ich falsch, so reite ich mich erst recht in die Tinte. Also schwöre ich — falsch! Das Widersinnige der Anwendung des § 157 auf unseren Fall bedarf nicht der weiteren Ausführungen, nach der Anschauung des Reichsgerichts war sie aber unbedingt geboten.

Landgerichtsrat Dr. Hammerer in Bayreuth.

---

**Zu §§ 58, 60, 65 ff. des Personenstandsgesetzes.** Am 7. Juli 1904 ertrank der Söldnerssohn Johann B. beim Baden im Flusse A., einem Nebenflusse der Donau, im Bezirke des Standesamtes E. Das Amtsgericht A., dem die Gemeindeverwaltung E. Anzeige von dem Unglücksfall erstattete, hielt eine richterliche Leichenschau nicht für erforderlich, erteilte die Genehmigung zur Beerdigung und legte die Verhandlungen mit einer Gendarmerieanzeige über den Tod des B. der Staatsanwaltschaft vor, die sie, weil ein Verschulden Dritter nicht vorlag, ohne eine weitere Verfügung erledigte. Am 10. Juli 1904 wurde Johann B. in E. begraben. Da eine schriftliche Mitteilung über den Todesfall nicht einlief, ließ der Standesbeamte in E. am 14. Juli 1904 den Vater des Johann B. kommen und beurkundete auf seine Anzeige hin, daß Johann B. „zu E. in der Donau am siebenten Juli des Jahres tausendneunhundertvier nachmittags um dreieinviertel Uhr verstorben sei". Dieses Verfahren entspricht nicht dem Gesetze. Zunächst darf nach § 58 Abs. 2 des Pers.Ges., wenn eine amtliche Ermittelung über den Todesfall stattfindet, die Eintragung in das Sterberegister nur auf Grund der schriftlichen Mitteilung der zuständigen Behörde erfolgen. Diese hielt mit Unrecht dafür, daß eine amtliche Ermittelung hier weder stattgefunden habe, noch nötig gewesen sei; denn eine solche steht nicht nur dann in Frage, wenn der Verdacht besteht, daß der Tod durch das Verschulden eines Dritten herbeigeführt worden sei, sondern auch, wenn von vornherein feststeht, daß ein Unglücksfall vorliegt (§ IV Abs. 2 der JMB. vom 3. Oktober 1879, JMBl. S. 1573). Schon die Würdigung der Anzeige und die Entscheidung, ob richterliche Untersuchungshandlungen erforderlich sind, oder ob die Genehmigung zur Beerdigung sofort erteilt werden kann, ist eine amtliche Ermittelung im Sinne des § 58 Abs. 2 des Gesetzes; es hätte also das Amtsgericht die vorgeschriebene Mitteilung an das Standesamt E. erstatten müssen. Dabei ist es gleichgiltig, daß der Bürgermeister, der die Anzeige erstattete, und dem die Beerdigungserlaubnis zugestellt wurde, gleichzeitig auch der zuständige Standesbeamte ist; denn die Verbindung der Funktionen der Ortspolizeibehörde und des Standesamtes macht eine besondere Mitteilung an den Standesbeamten nicht überflüssig (JMEntschl. v. 16. Juli 1880, Weber, XIV S. 532). Als Johann B. beerdigt wurde, war sein Tod im Sterberegister noch nicht beurkundet. Nach § 60 Satz 1 des Gesetzes hätte es daher außer der vom Amtsgericht ausgesprochenen noch einer ortspolizeilichen Genehmigung zur Beerdigung bedurft, die aber nicht erwirkt wurde. Doppelt unzulässig war nun das Verfahren des Standesbeamten, der 4 Tage nach der Beerdigung den Tod des B. auf Grund einer Anzeige des Familienhauptes in das Sterberegister eintrug; denn, abgesehen davon, daß die Eintragung, wie gesagt, nur auf eine Anzeige des Amtsgerichtes A. hin erfolgen durfte, mangelte auch die Genehmigung der Aufsichtsbehörde, die erforderlich war, weil die Beerdigung der Vorschrift des § 60 Satz 1 zuwider ohne ortspolizeiliche Erlaubnis vor der standesamtlichen Beurkundung stattgefunden hatte (§ 60 Satz 2 des Gesetzes). Die Aufsichtsbehörde hätte übrigens die Erlaubnis zur Eintragung des Sterbefalles auf Grund der Anzeige des Familienhauptes gemäß § 58 Abs. 2 a. a. O. verweigern müssen. Die Prüfung der Nebenregister des Standesamtes E. veranlaßte im Januar 1905 das Bezirksamt N. als Aufsichtsbehörde, Erhebungen über die näheren Umstände zu pflegen, unter denen der Tod des B. beurkundet worden war. Auf Grund des Ergebnisses ersuchte es das Amtsgericht A., die nach § 58 Abs. 2 a. a. O. erforderliche schriftliche Mitteilung an das Standesamt nachzuholen und unter Löschung der aufgenommenen Sterbeurkunde berichtigend vermerken zu lassen, „daß nach Mitteilung des Amtsgerichtes A. vom . . . . . . . . . der Söldnerssohn Johann B. usw. am siebenten Juli des Jahres tausendneunhundertundvier nachmittags um dreieinviertel Uhr in der A . . . . . im Gemeindebezirk E . . . . . ertrunken (tot aufgefunden worden?) sei". Dabei wurde angenommen, daß nicht nur die unrichtige Bezeichnung des Sterbeortes (in der Donau statt in der A . . . .) eine Berichtigung notwendig mache, sondern daß diese auch deswegen erfolgen müsse, weil die Urkunde entgegen der Vorschrift des § 58 Abs. 2 des Pers.Ges.

aufgenommen worden sei. Die Dienstesanweisungen für die Standesbeamten in Preußen, Baden und Elsaß-Lothringen sagen zwar, daß eine in Unkenntnis des amtlichen Ermittelungsverfahrens vorgenommene Eintragung nicht schon um deswillen gelöscht werden müsse (Sartorius, Kommentar zum PStG. S. 375), allein das deckt sich nicht mit der bayerischen Praxis, die, wie erwähnt, schon die Kenntnisnahme und die Würdigung der Anzeige des Todesfalles als amtliche Ermittelung betrachtet. Darnach kann es gar nicht vorkommen, daß der Standesbeamte „in Unkenntnis des amtlichen Ermittelungsverfahrens" die Beurkundung vornimmt; denn er muß wissen, daß in allen Fällen, in denen die Ortspolizeibehörde nach der MB. vom 3. Oktober 1879 die Auffindung einer Leiche anzuzeigen hat, eine amtliche Ermittelung stattfinden muß. Das gilt umsomehr, wenn der Standesbeamte selbst als Ortspolizeibehörde die Anzeige von der Auffindung der Leiche erstattet hat. Da „nur die ordnungsmäßig, d. h. in Gemäßheit der Vorschriften des Gesetzes gemachten Eintragungen die im § 15 des Gesetzes vorgesehene Beweiskraft haben"[1]) erachtete das Bezirksamt die Durchführung des Berichtigungsverfahrens für erforderlich. Es stützte sich dabei u. a. auf einen Beschluß des Oberlandesgerichtes Dresden vom 31. Januar 1888 (Reger, Entsch. Bd. 9, S. 118), der das Berichtigungsverfahren für nötig hält, „wenn der Standesbeamte entgegen der Vorschrift im § 58 Abs. 1" (soll 2 heißen) „obwohl er wußte, daß eine amtliche Ermittelung über den Todesfall stattzufinden habe, unerwartet der schriftlichen Mitteilung der zuständigen Behörde den Sterbefall auf Grund der bloßen Anzeige einer der im § 57 bezeichneten Personen eingetragen hat". Das zuständige Amtsgericht lehnte die beantragte Berichtigung ab, weil eine amtliche Ermittelung nicht stattgefunden habe, also nicht § 58, sondern § 57 des Gesetzes anzuwenden sei. Eine Beschwerde des Bezirksamts an das dem Amtsgericht A. vorgesetzte Landgericht wurde als formell zulässig anerkannt, aber als sachlich unbegründet zurückgewiesen. Das Gericht sprach zwar aus, es habe eine amtliche Ermittelung stattgefunden und es sei daher § 58 Abs. 2 des Gesetzes zu beachten gewesen, aber es stellte sich auf den Standpunkt der obenerwähnten Dienstanweisungen und erachtete eine Berichtigung der Urkunde wegen dieses Fehlers nicht für nötig. Ja, selbst die Tatsache, daß die Urkunde den Todesort falsch bezeichnete, hielt es nicht für genügend, um eine Berichtigung zu rechtfertigen. Unter dem Orte des Todes (§ 59 Ziff. 2 des Gesetzes) sei im allgemeinen die Angabe des Gemeindebezirkes zu verstehen. In größeren, volkreichen Orten sei zwar unter Umständen eine nähere Ortsangabe erforderlich, für die kleine Gemeinde E. sei aber die Angabe des Gemeindebezirkes genügend, und der erläuternde Zusatz „in der Donau" sei überflüssig und bedürfe daher, obwohl er falsch sei, nicht der Berichtigung. Gegen diesen Beschluß ergriff das Bezirksamt gemäß §§ 27—29, 199 FGG. und Art. 42 Abs. 3 AG. z. GVG. die weitere Beschwerde, in der es auf seine früheren Ausführungen Bezug nahm und diesen nur beifügte, daß dem Erfordernis „einer möglichst genauen, jede Verwechslung ausschließenden Bezeichnung des Ortes" des Todes nicht Genüge geschehe, wenn der Todesort in der Urkunde falsch bezeichnet sei. Das Oberste Landesgericht hob die Entscheidung des Beschwerdegerichtes auf und verwies die Sache zur anderweitigen Entscheidung zurück. Es nahm an, daß die Beurkundung nach § 58 Abs. 2 des Gesetzes auf Grund einer schriftlichen Mitteilung des Amtsgerichtes hätte erfolgen sollen, nahm aber mit dem Beschwerdegericht an, daß die Löschung der Urkunde deswegen allein nicht notwendig sei. Dagegen sei aller Wahrscheinlichkeit nach außerdem ein Verstoß gegen § 60 des PStG. mituntergelaufen, der zur Löschung der Urkunde führen müsse, wenn er durch die noch zu pflegenden Erhebungen nachgewiesen werden könne. Aber, selbst wenn § 60 beachtet worden sei, müsse die Urkunde dahin berichtigt werden, daß Johann B. nicht in der Donau, sondern in der A . . . . . . tot aufgefunden worden sei. Wenn nämlich auch die Angabe des Gemeindebezirkes wohl genügt hätte, so sei doch die in die Urkunde aufgenommene nähere Bezeichnung der Oertlichkeit nicht rechtlich bedeutungslos, sondern die im § 12 Abs. 1 des Gesetzes bestimmte Beweiskraft erstrecke sich mit auf sie (RG. Rechtspr. 3 S. 717, 9 S. 415, Entsch. in Straff. 30 S. 429); eine unrichtige Angabe der Oertlichkeit bedürfe daher der Berichtigung. Das Landgericht ordnete nun die Löschung der Urkunde an, wies aber im übrigen die Beschwerde zurück. Die Urkunde wurde durch einen Randvermerk gelöscht, das Amtsgericht holte die versäumte Mitteilung nach und das Standesamt beurkundete den Tod des B. auf Grund dieser Mitteilung und mit der Genehmigung der Aufsichtsbehörde an der nächstoffenen Stelle im Register für 1905.

Bezirksamtsassessor Harster in Kelheim.

**Zur Auslegung der Art. 83, 84 UeG.** Die Eheleute D. in M. heirateten vermögenslos im Güterstande der Errungenschaft des BLR. Ein Ehevertrag wurde zwischen ihnen auch unter der Geltung des BGB. nicht abgeschlossen, wohl aber einige Tage vor dem Ableben der Frau ein Erbvertrag, worin sich beide Gatten wechselseitig zu Erben einsetzten „unbeschadet der bestehenden Pflichtteilsansprüche". Beim Tode der Frau (März 1902) waren drei Ehekinder, ferner eine außereheliche nicht legitimierte Tochter der Ehefrau vorhanden. Das schuldenfreie Vermögen der Ehegatten bestand lediglich in Ersparnissen aus dem gemeinschaftlichen Metzgereigeschäft und dem Erlöse dieses Geschäfts selbst, insgesamt etwa 10000 Mk., angelegt auf Inhaberpfandbriefe im Besitz des Ehemanns. Schon wenige Monate nach dem Ableben der Frau starb auch der Ehemann ohne letztwillige Verfügung und ohne Ausschlagungserklärung nach Art. 84 UeG. Der Vermögensstand hatte sich inzwischen nur unwesentlich durch Bestreitung der beiderseitigen Leichenkosten und des Haushalts des Witwers verringert. Etwa 1½ Jahre nach Ableben der Ehefrau D. klagte die außereheliche Tochter gegen die drei ehelichen Kinder auf Herauszahlung des Pflichtteils unter Zugrundelegung der Hälfte des beim Ableben konstatierten Vermögens als Nachlaß der Ehefrau D. Die Beklagten verweigerten die Zahlung, weil ein Nachlaß der Ehefrau nicht vorhanden gewesen, da die Errungenschaft Alleineigentum des Ehemanns geworden, der Ausgleichungsanspruch des Art. 83 UeG.

[1]) Vgl. die im Einvernehmen mit dem preußischen Justizminister und dem Reichsjustizamt ergangene Entschließung des preußischen Ministers des Innern vom 13. Juni 1878, Reger, Entsch. Bd. 9, S. 118.

aber verjährt sei. Das Gericht gab der Klage statt und begründete dies damit, daß der Pflichtteil nach § 2311 BGB. sich aus dem reinen Werte des Nachlasses beim Erbfall d. h. dem Tode der Ehefrau ohne Rücksicht auf letztwillige Verfügungen berechne, hienach aber als einziger Nachlaßbestandteil der Ausgleichungsanspruch der Erben der Ehefrau in Betracht komme, dessen reiner Wert angesichts der unbestrittenen vollen Einbringlichkeit gleich der Errungenschaftshälfte sei. Der Umfluß der Verjährungsfrist sei gleichgültig, da der Klägerin mangels Erbrechts der Ausgleichungsanspruch niemals zugestanden habe, sondern dem anderen Ehegatten selbst zugefallen sei. Dieser Anspruch sei auch nicht Klagegrund, sondern nur Maßstab der Wertberechnung; die Pflichtteilsklage selbst sei nach § 2332 BGB. nicht verjährt. Daß der Nachlaß nunmehr unzureichend für die Pflichtteilsschuld von 515 Mk. geworden sei, behaupteten die Beklagten selbst nicht, gaben vielmehr das Vorhandensein sämtlicher Wertpapiere aus dem elterlichen Nachlaß zu, weshalb auch die Einreden der Haftungsteilung oder Haftungsbeschränkung nicht vorgebracht wurden. — Dieser Fall ist in verschiedener Richtung lehrreich. Zunächst deswegen, weil hier ein Pflichtteilsanspruch lediglich durch das Uebergangsgesetz praktisch geworden ist, der weder nach BGB. allein, noch nach BLR. allein bestanden hätte. Nach BGB. § 1421 hätten die Geschäftserträgnisse wie der Erlös dem Mann allein gehört und den Erben der Frau nur deren eingebrachtes Gut, d. h. also nichts gebührt, es wäre also der Pflichtteil inhaltslos gewesen. Ebenso hätte nach LR. Tl. I Kap. VII § 37 der Ehemann die Errungenschaft allein behalten und wäre eine Pflichtteilsklage, ganz abgesehen von der unehelichen Geburt der Klägerin, mangels Rücklaß unmöglich gewesen. Allerdings hätte der Ehemann auch jetzt noch dadurch sich die Vorteile des LR. sichern können, daß er nach Art. 84 UeG. die ihm nach BGB. angefallene Erbschaft ausgeschlagen hätte. Dies hat er sich jedoch selbst deshalb unmöglich gemacht, weil er einen Erbvertrag mit der Ehefrau schloß; denn damit fiel das nur bei der gesetzlichen Erbfolge geltende Wahlrecht des Art. 84 UeG. weg (n. S. IV 461). Ob die Eheleute durch einen Ehevertrag mit Verzicht auf den Ausgleichungsanspruch den Pflichtteil inhaltslos hätten machen können, hängt davon ab, ob dies eine Schenkung nach §§ 516, 2325 BGB. ist; Dritter im Sinne des § 2325 ist auch der Erbe. Der Fall zeigt ferner, daß die von manchen vertretene Ansicht, die Haftungsbeschränkung des Erben sei gegenüber den Pflichtteilsforderungen von geringer Bedeutung, um so weniger zutrifft, je länger die urteilsmäßige Erledigung und Beitreibung des Pflichtteils sich hinauszieht, weil in der Zwischenzeit der Nachlaß, z. B. durch Kurssturz, zur Begleichung der nach dem Erbfallskurse (§ 2311 BGB.) berechneten Pflichtteilsschuld unzureichend werden kann. Endlich tritt hier eine aus der Unübertragbarkeit des Ausgleichungsanspruchs nach Art. 83 UeG. sich ergebende Eigentümlichkeit hervor. Besteht nämlich ein Rücklaß lediglich aus dem Ausgleichungsanspruch, so können die Nachlaßgläubiger zunächst weder durch Nachlaßkonkurs noch durch Zwangsvollstreckung nach § 1990 BGB. zur Befriedigung gelangen, weil die §§ 1 KO., 850 CPO. entgegenstehen. Möglich ist nur die Anordnung einer Nachlaßverwaltung, weil der Verwalter durch die Unübertragbarkeit des Anspruchs an dessen Einziehung nicht gehindert ist, da er ja nur die Rechte des Erben ausübt und ein höchst persönliches Recht nicht in Frage steht. Diese Verwaltung muß, auch wenn die Ueberschuldung feststeht, so lange fortgeführt werden, bis der Ausgleichungsanspruch eingezogen und damit eine konkurs- und pfändungsfähige Bargeldmasse hergestellt ist. Dann aber muß auch alsbald zum Konkursantrag geschritten werden, weil eine Nachlaßverwaltung die vollständige Durchführung von Vollstreckungen in den Nachlaß für einzelne Nachlaßgläubiger nicht hindert, sobald die Fristen der §§ 2014, 2015 BGB. abgelaufen sind und auch die Anfechtung solcher Pfändungen außerhalb des Konkurses nicht immer zum Ziele führt.

N.

---

**Zur Auslegung des § 132 StPO.** Zwei große preußische Amtsgerichte, welche für die bayerische Rechtspflege insofern von Bedeutung sind, als in ihrem Bezirke sehr viele aus Bayern entflohene Verbrecher festgenommen werden, haben in letzter Zeit den § 132 StPO. in einer Weise angewendet, die mir nichts weniger als einwandfrei erscheint. Der Fall war immer so gelagert: Das Amtsgericht München I hatte im Ermittlungsverfahren einen Haftbefehl erlassen, der im bayerischen Zentralpolizeiblatt ausgeschrieben war. Das Verfahren war ohne Erhebung der öffentlichen Klage (§ 129 StPO. findet also ebensowenig Anwendung wie §§ 127, 128 StPO.) vorläufig eingestellt. Nun erfährt der Münchener Staatsanwalt, daß der Verfolgte in F. oder in B. wohne. Er veranlaßt die Ergreifung und Vorführung des Beschuldigten vor das Amtsgericht in F. beziehungsweise B. Der Amtsrichter verhört den Beschuldigten und findet, daß Fluchtgefahr nicht gegeben sei, weil der Beschuldigte in ständiger Arbeit steht. Er verfügt aus *diesem* Grunde die Freilassung. John, StPO. Bd. I S. 917 bemerkt zum § 132: „Der Amtsrichter soll nach dem Wortlaut des Gesetzes nur entscheiden, ob der Ergriffene identisch mit dem Verfolgten ist, sowie darüber, ob die Verfolgung durch die zuständige Behörde wieder aufgehoben wurde". Die Motive zur Strafprozeßordnung besagen: „Die hier gegebene Vorschrift soll die Möglichkeit baldiger Freilassung für den Fall sichern, daß die *Ergreifung*[1]) auf einem tatsächlichen Irrtum beruhte". In Uebereinstimmung hiemit ist bisher in der Praxis allgemein die Ansicht vertreten worden, daß der Richter des Ergreifungsorts aus dem Grunde, weil Fluchtgefahr nicht mehr bestehe, zur Freilassung des Ergriffenen nicht befugt sei, sondern lediglich der Richter, welcher den Haftbefehl erlassen hat (cfr. Stenglein StPO. 1. Aufl. S. 280). Damit soll der Unterschied zwischen „Aufhebung des Haftbefehls" und „Nichtvollzug des Haftbefehls" nicht verwischt werden. Eine Aufhebung des Haftbefehls steht unbestritten immer nur dem Gerichte zu, das ihn erlassen hat; ich glaube aber, daß das Gericht des Ergreifungsorts auch über den *Vollzug* des Haftbefehls mangels gesetzlicher Vollmacht nicht befinden darf. Die im Abs. II des § 132 StPO. erwähnten Ausnahmen sind nur scheinbare Ausnahmen, welche die Regel bestätigen. Wenn die festgenommene Person nicht identisch ist mit dem im Haftbefehl Gesuchten und wenn das ganze Strafverfahren eingestellt ist, dann kommt streng genommen ein Vollzug des Haft-

[1]) Also nicht die Erlassung des Haftbefehls.

befehls nicht in Frage. Ich wäre sehr dankbar, wenn aus dem Leserkreise dieser Zeitschrift eine wissenschaftliche Begründung für eine entgegengesetzte Ansicht veröffentlicht würde.

II. Staatsanwalt Dr. Haberstumpf in München.

**Die Auslegung der Vater- und Muttergutsverträge.** In den Bl. f. RA. las man jüngst eine Entscheidung des Obersten Landesgerichtes, welche folgenden Fall zum Gegenstande hatte: Der 1902 verstorbene Spediteur M. H. in L. und dessen Frau A. H. haben in notariellem Ehe- und Erbvertrage vom 6. Juli 1867 allgemeine Gütergemeinschaft vereinbart und für den Todesfall folgendes bestimmt:

a) „Sind beim Vorableben des einen oder anderen Eheteils Kinder aus der einzugehenden Ehe vorhanden, so ist denselben als Vater- und Muttergut die Hälfte des vorhandenen, reinen, beiderseitigen Gesamtvermögens in barem Gelde hinauszugeben, worauf dann der überlebende Eheteil Alleinerbe des gesamten Rücklaßvermögens des Vorabgestorbenen wird.

b) Sind beim Vorableben des einen oder anderen Eheteils keine Kinder aus der einzugehenden Ehe vorhanden, so hat der überlebende Ehemann einen Rückfall von 4000 Gulden, die überlebende Ehefrau einen solchen von 1400 Gulden an die nächsten Anverwandten des Vorabgestorbenen hinauszubezahlen, worauf dann der überlebende Eheteil kraft dieses Vertrages als Alleinerbe in das gesamte Rücklaßvermögen des Vorabgestorbenen einzutreten hat."

Das Nachlaßgericht hat auf Antrag Erbschein erteilt, daß Michael H. von den drei aus der Ehe hervorgegangenen Kindern auf Grund des Ehe- und Erbvertrags zu gleichen Teilen beerbt worden ist. Das als Beschwerdegericht angerufene Landgericht ging von der Auffassung aus, daß der vorangestellte Hauptsatz die Erbeinsetzung der Kinder enthalte, in dem nachfolgenden Nebensatze sei auch der überlebende Eheteil ausdrücklich als Erbe bezeichnet und bestimmt, daß er nach der vertragsmäßigen Auszeigung des Vater- oder Mutterguts zum „tatsächlichen Alleinerben" werden solle, indem er durch Vollziehung der Erbteilung den gesamten Nachlaß erhalte und den Kindern ihr Erbteil in einem Geldanspruche zugewiesen werde. Auf weitere Beschwerde hat nun das Oberste Landesgericht entschieden, daß die überlebende Ehefrau die alleinige Erbin ihres Mannes geworden ist und daß den Kindern nur ein Vermächtnis zugewendet ist. Es sei nun gestattet, hiezu folgendes zu erwähnen: Der Schlüssel zu der Interpretation der gesamten Vertragsbestimmungen ist aus der Bestimmung sub b) zu entnehmen, nämlich aus den Worten „kraft dieses Vertrags" d. i. des vorliegenden Ehe- und Erbvertrags. Nur wenn keine Kinder vorhanden sind, so soll der überlebende Eheteil ohne weiteres, wie dies eben beim wirklichen Alleinerben der Fall sein muß, auf Grund des Erbvertrags Alleinerbe sein. Wenn nun der überlebende Ehegatte auch beim Vorhandensein von Kindern wirklicher, sofortiger Alleinerbe, wie dies eben zum Rechtsbegriffe des Alleinerben erforderlich ist, sein soll, so muß er es auch ohne weiteres, eo ipso auf Grund der Vertragsbestimmung sein. Man kann nicht behaupten, daß diese Worte „kraft dieses Vertrags" im Absatz a) vergessen wurden oder daß sie selbstverständlich sind oder daß diesen Worten im Absatz b keine besondere Bedeutung zukommt. Diese Worte haben ihre wohlerwogene Bedeutung, sie sagen, daß der überlebende Elternteil beim Mangel von Leibeserben ohne weiteren Ueberlassungsvertrag — um einen früheren terminus zu gebrauchen — in das Gesamtvermögen tritt. Aus dem Zusammenhalte der beiden Bestimmungen ergibt sich, daß die Kinder im Falle sub a) ihre Nachlaßanteile — vor 1900 Quotenanteile am Gesamtvermögen — mit Ueberlassungsvertrag an den überlebenden Elternteil abzutreten hatten. Es ist dies die Folge des aus der Vertragsredaktion zu entnehmenden Willens der Vertragsteile. Die Kinder sind sohin Erben und das Wort Alleinerbe sub a) kann nicht mehr bedeuten als daß der überlebende Elternteil nach Auszeigung des Vatergutes den alleinigen Besitz des bisherigen Gesamtvermögens erhält, nämlich durch den gebotenen weiteren Vertrag, den Ueberlassungsvertrag, bei welchem die Kinder nur als Erben mitwirken können.[1])

Oberamtsrichter Neuhierl in Neukirchen.

**Strafzumessungsgründe.** A. war wegen eines Vergehens wider § 137 StGB. vom Landgerichte verurteilt worden. Das Reichsgericht hob das Urteil unter Aufrechterhaltung der ihm zugrunde liegenden Feststellungen im Strafausspruche auf mit der Begründung: „die wegen der Rüge einer Verletzung des § 137 StGB. gebotene sachlichrechtliche Prüfung des Urteils gibt zu einem Bedenken Anlaß. Bei der Strafausmessung hat der Erstrichter als straferschwerend gewürdigt, daß an dem Schutze des durch amtliche Pfändungen geschaffenen Zustandes ein großes öffentliches Interesse bestehe. Das öffentliche Interesse an dem Schutze des amtlichen Pfändungsaktes bildet den gesetzgeberischen Grund dafür, daß eine Verletzung dieses Interesses im Sinne des § 137 StGB. unter Strafe gestellt ist. Der für die gesetzliche Androhung und die Verhängung einer Strafe maßgebende Grund an sich kann aber nicht auch noch dazu dienen, eine Verschärfung der zu verhängenden Strafe zu rechtfertigen." (Urt. d. I. St.-S. v. 11. Mai 1905). Gegen die Richtigkeit dieser Begründung, deren grundsätzliche Bedeutung nicht zu unterschätzen ist, lassen sich erhebliche Gründe ins Feld führen. 1. Die Strafzumessungsgründe sind dem Ermessen des Richters überlassen (§ 266 Abs. 3 StPO.). Ferner hat der Gesetzgeber

---

[1]) Anm. d. Herausgebers. Es kann fraglich sein, ob man einzelne Ausdrücke derartiger Verträge zur Auslegung in so weitgehender Weise heranziehen darf, zumal wenn ein Vertrag mit so geringem juristischem Verständnis abgefaßt ist und so wenig Schärfe der Fassung aufweist, wie hier. Es ist bemerkenswert für die schlechte Redaktion des Vertrags, daß es unter b) wie unter a) heißt „worauf dann .... der Ueberlebende als Alleinerbe einzutreten hat". Diese Fassung würde darauf deuten, daß die Leistung des Rückfalls Bedingung für die Erlangung des ganzen Nachlasses sein soll, was aber offenbar nicht gemeint war, da der Eintritt als Erbe „kraft dieses Vertrags" stattfinden soll. Darf man unter diesen Umständen vermuten, daß unter a) der Verfasser beim Gebrauch der Worte „worauf dann" an einen Ueberlassungsvertrag gedacht hat, wie dies nach der seinerzeit von Arnold in d. Bl. f. RA. vertretenen Auffassung geschehen soll? Die juristischen Gedanken des Redaktors waren offenbar sehr dürftig. Bei den Parteien aber wird man solche überhaupt nicht vermuten dürfen.

bei Fassung der strafrechtlichen Normen deren gesetzgeberischen Grund nicht zum Ausdruck gebracht, so daß dieser nur vermutet werden kann, nicht aber mit Sicherheit immer und jedenfalls nicht ohne weiteres und ohne Heranziehung der Motive ersichtlich ist. Der gesetzgeberische Grund ist nirgends zur Rechtsnorm erhoben. Von einer „Gesetzesverletzung" kann also nicht gesprochen werden, wenn der Richter den gesetzgeberischen Grund als Strafzumessungsgrund berücksichtigt. Die Revision kann aber nur darauf gestützt werden, daß das Urteil auf einer Verletzung des „Gesetzes" beruht und nur insoweit, als dies der Fall ist, kann das angefochtene Urteil von der Revisionsinstanz aufgehoben werden. Der für die Aufhebung des erstrichterlichen Urteils im oben erwähnten Falle vom Reichsgerichte angeführte Grund ist also nicht zutreffend und es liegt daher eine nicht haltbare Beschränkung des richterlichen Ermessens vor. 2. Letztere ist um so bedenklicher, als bei einer ganzen Reihe von strafbaren Handlungen, z. B. bei der Zuhälterei, bei der Brandstiftung und bei den übrigen gemeingefährlichen Verbrechen und Vergehen, beim Postdiebstahle usw. oder bei besonders häufigem Auftreten gleichartiger Straftaten, bei Rückfall u. dgl. eben der gesetzgeberische Grund für die Strafbarkeit überhaupt es ist, welcher den Richter (und insbesondere das künftig verstärkte Laienelement) nach der natürlichen und auch gesunden Anschauung des Lebens geradezu dazu drängt, aus diesem gesetzgeberischen Grunde heraus die Schwere der Straftat auch im Einzelfalle zu bemessen. Verbietet man dem Richter dies, dann gebietet man ihm zugleich, in allen jenen Fällen, in denen sonstige strafmindernde oder straferschwerende Gründe fehlen, die Selbstkontrolle für die Strafzumessung auszuschalten und entweder das Strafminimum zu wählen oder, was wohl keinem gewissenhaften Richter beifallen wird, auf das Geradewohl eine Strafe auszumessen. Diese Folge ist jedenfalls nicht im Sinne unserer Gesetzgebung. Und glaubt man denn, daß der gesetzgeberische Grund, wenn er richtig ist, im einzelnen Richter nicht bei jeder Strafzumessung seine natürliche Wirkung hat? Mit einem juristischen Satze kann man die treibenden Kräfte des Lebens, die sich zum gesetzgeberischen Grunde verdichteten und dann die Gesetzesnorm zeitigten, nicht abtun, sie werden weiter gären mit dem einzigen Unterschiede, daß sie, weil die Aufhebung des Urteils durch das Reichsgericht zu befürchten ist, in den Urteilsgründen nicht ausgesprochen werden. Dies ist Selbsttäuschung. 3. Endlich sollen nur im Urteile die Umstände angeführt werden, welche für die Zumessung der Strafe bestimmend gewesen sind. Die Nichtbefolgung dieser Vorschrift kann also Nichtigkeit oder Aufhebung des Urteils nicht zur Folge haben. Auch hiegegen verstößt die reichsgerichtliche Begründung.

II. Staatsanwalt Dr. Müller in München.

---

**Zurücknahme der Klage und Prozeßvergleich.** Der Begriff des vor dem Prozeßgerichte zur Beilegung eines Rechtsstreits abgeschlossenen Vergleichs ist dem bürgerlichen Rechte zu entnehmen. Denn es sollte, wie Gaupp zu § 794 ausführt, keineswegs jedes Uebereinkommen der Parteien, das dem Zwecke der Beilegung eines Rechtsstreites dient, unter den Begriff des Vergleiches fallen.[1]) Aus dem materiellen Recht

[1]) Vgl. auch RG. 56 S. 335.

ist nun zu entnehmen, daß ein Vergleich nur ein Vertrag sein kann, der den Streit ꝛc. über ein Rechtsverhältnis im Wege beiderseitigen Nachgebens beseitigt. Gewiß ist der Begriff dieses beiderseitigen Nachgebens nicht zu eng zu nehmen. Ein Vergleich kann z. B. darin gefunden werden, daß der Schuldner einen Anspruch gegen Stundung in besonders liquider Form anerkennt. Ist nun aber ein beiderseitiges Nachgeben darin zu finden, daß der Kläger nach Verhandlung zur Hauptsache die Klage zurückzieht? Verdient dieser prozessuale Vorgang die Bezeichnung „Vergleich"? Ungemein häufig findet man in der Praxis der Gewerbegerichte, daß die Zurücknahme der Klage nach Verhandlung zur Sache als Vergleich formuliert wird. Dabei wird meist, aber nicht immer der Verzicht des Klägers auf den Anspruch mit der Zurücknahme der Klage verbunden. In diesen Fällen erfolgt ferner irgend eine Entscheidung oder Vereinbarung über den Kostenpunkt nicht. Das Ganze heißt nun „Vergleich". § 39 GGG. ist damit beobachtet. Nach § 21 GKG. fällt, sofern nicht ein anderer gebührenpflichtiger Akt vorhergegangen ist, die Verhandlungsgebühr weg. Nach § 23 II a. a. O. kommen $^{5}/_{10}$ als Entscheidungsgebühr für die Aufnahme des Vergleichs zur Erhebung. Nach § 98 CPO. ferner gelten die Kosten als gegeneinander aufgehoben; da ein Schuldner nach § 86 GKG. nicht vorhanden ist, sind — abgesehen von § 89 daselbst — in Uebereinstimmung mit RG. 6 S. 398 die Parteien im Verhältnis zu einander für die Gerichtskosten je zur Hälfte verpflichtet. Hießen die oben erwähnten Prozeßhandlungen nun nicht „Vergleich", wie wäre die Sache dann? Kostenpflichtig wäre für alle Kosten der Kläger. Er hätte auch dem Beklagten zu erstatten. An Kosten erwüchse, da § 46 GKG. nicht anwendbar ist, die volle Verhandlungs- und, wenn Urteil nach § 271 Abs. 2 Satz 2 CPO. beantragt wird, die volle (§ 46 GKG. ist nicht anwendbar) Entscheidungsgebühr. Der praktische Zweck dieser Art der Behandlung ist also einleuchtend. Es werden Kosten gespart, und sie werden nicht einem, sondern beiden Teilen auferlegt. Ist dies aber gerechtfertigt? Wenn der Kläger die Klage zurückzieht, so verzichtet er jedenfalls auf Geltendmachung seines Begehrens in diesem Rechtsstreit. Das ist zweifellos ein „Nachgeben" im Sinne des § 779 BGB. Der Verzicht auf den Klageanspruch ist hiezu nicht nötig. Worin besteht aber das „Nachgeben" des Beklagten? Der Beklagte hat einen Anspruch darauf gewonnen, daß über das Klagsbegehren des Klägers der Richter entscheide.[1]) Diesen Anspruch hat er durch seine Verhandlung zur Hauptsache gewonnen. Diesen Anspruch gibt er preis. Aber dieser Anspruch kann nicht der Gegenstand des Vergleiches sein: er ist öffentlich-rechtlicher Natur, steht dem Beklagten gegen den Staat zu, da er ein Ausfluß des Rechtes aller auf Rechtsschutz ist. Auf diesen Anspruch muß er verzichten, wenn er einen Vergleich will; daß er darauf verzichtet, kann nicht zugleich der Gegenstand des Vergleiches sein, sondern ist nur die Voraussetzung zu einem solchen. Zudem kommt ohne diese den Verzicht begründende Einwilligung des Beklagten die Klagezurücknahme gar nicht zustande (§ 271 I). Diese erstere kann also nicht sozusagen Gegenleistung des Beklagten

[1]) Gaupp I S. 605. Planck 1, 250. Schmidt S. 696. RG. 20, 414 behandelt nur die Klagezurücknahme vor Einlassung des Beklagten.



sein, da sie ja Bestandteil, conditio sine qua non des klägerischen „Nachgebens" ist. Läge in der bloßen Einwilligung des Beklagten nach § 271 schon ein Nachgeben, so wäre eigentlich jede Zurücknahme der Klage nach mündlicher Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache ein Prozeßvergleich, und es wäre officium nobile des Richters, die Parteien hierauf hinzuweisen. § 98 CPO. wäre gegen § 271 unverständlich; eines Titels nach § 271 Abs. 3 Satz 2 bedürfte es auch nicht mehr, da ja der Prozeßvergleich selbst Titel wäre. Die so verschieden gestalteten Wirkungen des Vergleichs einerseits, der Zurücknahme der Klage andererseits (§ 271 Abs. 3 Satz 1) hätten gar keinen Sinn. Man kann ferner entgegnen: dem Beklagten stehe nach § 271 ein Recht auf Kostenerstattung zu und er habe keinerlei Pflicht zur Kostentragung. Verzichtet er auf ersteres und übernimmt er die Gerichtskosten zur Hälfte, so ist das Nachgebens genug, einen Vergleich zu begründen. Es liegt dabei aber dieselbe Verwechslung vor wie oben, nur daß hier die Folge für die Ursache gehalten wird. Nur wenn und soweit ein Vergleich gegeben ist, treten diese Wirkungen ein. Man kann aber doch nicht sagen: lassen wir die Wirkungen eines Vergleichs eintreten, so haben wir einen Vergleich. Es geht m. E. nicht an, aus der bloßen Tatsache, daß die Parteien den vom Richter vorgeschlagenen Ausdruck „Vergleich" annehmen, einfach zu folgern, daß sie sich nun auch über die veränderten Folgen geeinigt hätten. Nur, wenn letzteres klar ist, könnte von einem Vergleich die Rede sein.[1]) Aber die Zustimmung des Beklagten zu dem bloßen Wort als einen Verzicht auf ihm zustehende Rechte, von dem er gar nichts weiß, auszulegen, geht m. E. zu weit. Und jedenfalls läge auch dann nur ein Vergleich über den Kostenpunkt vor. (Vgl. RG. 20, S. 415; Wengler, Arch. f. zivilr. Entsch. n. F. 5, S. 144; Rittmann GKG. S. 109/110). Das Ergebnis wäre hienach: Es ist unrichtig, die nach Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache mit dessen Einwilligung erfolgte Zurücknahme der Klage schlechthin als Vergleich zu bezeichnen, da die Merkmale eines beiderseitigen Nachgebens fehlen. Da der materielle Begriff eines Vergleiches nicht erfüllt ist, ist es unrichtig, die auf dem Vorhandensein eines solchen ruhenden Rechtsfolgen stillschweigend daraus abzuleiten.

Im Anschlusse hieran sei kurz an einen ebenfalls vor dem Gewerbegericht nicht selten vorkommenden Fall erinnert. Ist der Arbeitnehmer der unterliegende Teil, so kommt es vor, daß der Arbeitgeber die ihm geschuldete Summe z. B. der Armenkasse überweisen will. Dieses Vorhaben wird in den Vergleich mit aufgenommen. Da es für die Zahlungsbereitwilligkeit des Arbeitnehmers und die Erledigung des Rechtsstreits überhaupt nicht ohne Einfluß zu sein pflegt, so hat man es wohl nicht mit einer einseitigen Verpflichtung des Arbeitgebers, sondern mit einem Vertrag nach §§ 328 ff. BGB. zu tun. Zu prüfen ist hiebei zunächst nach der Auslegungsregel des Abs. 2 a. a. O., ob für die betreffende Kasse ein Recht unmittelbar begründet werden soll. Wäre dies zu bejahen, so ist weiter die Frage, ob sie aus dem Vergleich auch einen vollstreckbaren Titel gewinnt. Der Vergleich ist ja nicht ein solcher zwischen einer Partei und einem Dritten (§ 794 Ziff. 1), sondern ist zwischen den Parteien zugunsten eines Dritten geschlossen. Gaupp will zwar einen Anspruch, nicht aber die Vollstreckbarkeit für begründet halten. Ob ersterer begründet ist, das ist Auslegungsfrage. Ich halte aber die Meinung Falkmanns[1]) für richtig, daß, wenn ein Anspruch des Dritten angenommen wird, diesem auch die Vollstreckbarkeit aus § 794 zuzusprechen sei. Denn es ist nicht abzusehen, inwiefern aus dem Wortlaut des Gesetzes zu folgern wäre, daß zwar der Vertragsgegner selbst aus dem Vergleich Anspruch und Titel, der bedachte Dritte nur Anspruch ohne Titel erwerben sollte. Daß dies nicht daran liegen kann, daß der Bedachte nicht Prozeßpartei ist, wird dadurch klar, daß ja auch nach § 791 Ziff. 1 der Dritte, der nicht Prozeßpartei ist, Vollstreckungstitel erwerben kann. Damit, daß er nicht Vertragspartei ist, kann diese Unterscheidung in Hinblick auf § 328 BGB. wohl kaum begründet werden; hienach könnte die betreffende Armen- rc.-Kasse aus dem Vergleich vollstrecken lassen.

J. E.

[1]) RG. 6, 366; Gaupp S. 607, V. 2; Planck S. 310b; Petersen-Anger 794, II, 2a u. Lit. das.

[1]) 2. Auflage, 1899, S. 76.

# Aus der Praxis der Gerichte.

## Reichsgericht.

### A. Civilsachen.

### I.

**Jüdisches Eherecht und BGB. §§ 1568, 1570, 1571. CPO. §§ 445, 475.** Die Parteien sind israelitischer Konfession, sie haben im Jahre 1895 geheiratet und ihren ersteheIichen Wohnsitz in W. genommen. Am 22. Mai 1898 ist der Mann wegen Verdachtes mehrerer Verbrechen wider die Sittlichkeit in Untersuchungshaft genommen worden und am 4. Juli 1898 ist er wegen zweier Verbrechen wider die Sittlichkeit zur Gefängnisstrafe von einem Jahr verurteilt worden. Die Strafe hat er verbüßt und ist am 6. Mai 1899 entlassen worden. Während der Strafverbüßung hat die Frau den Mann wiederholt im Gefängnis besucht, es hat ein freundschaftlicher Briefwechsel stattgefunden und auch Geschenke sind getauscht worden. In der Folge ist es zwischen der Frau und den Eltern des Mannes zu Streitigkeiten vermögensrechtlicher Natur gekommen, der Mann hat sich dabei auf die Seite seiner Eltern gestellt. Mitte April 1900 hat die Frau den Mann zur Sühne geladen und am 7. Mai 1900 ihm die Scheidungsklage zustellen lassen. Neben anderen nicht in Betracht kommenden Gründen ist das Scheidungsbegehren auf die Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses durch ehrloses und unsittliches Verhalten gestützt. Gegenüber dem von dem Mann erhobenen Einwand der Verzeihung hat die Klägerin geltend gemacht, sie habe den Versicherungen des Mannes trotz seiner Verurteilung geglaubt und nicht, wenigstens nicht in dem Grade wie jetzt, an seine Schuld geglaubt. Ein Umschwung ihrer Ueberzeugung sei erst im Oktober 1899 eingetreten; seit diesem Zeitpunkte sei sie der Ansicht, daß ihr Mann die ihm zur Last gelegten Verfehlungen im vollen Umfange begangen habe und mit Recht verurteilt worden sei.

Das Landgericht hat die Einrede der Verzeihung für erwiesen erachtet und die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat das Schicksal der Klage von einem der Klägerin auferlegten richterlichen Eid abhängig gemacht, sie soll schwören, „daß sie erst Ende Oktober 1899 die Ueberzeugung erlangt habe, daß der Beklagte im Januar und Februar 1898 an der X. unsittliche Handlungen vorgenommen habe oder daß sie erst Ende Oktober die Ueberzeugung erlangt habe, daß der Beklagte im Januar und Februar 1898 an



der X. mit Gewalt unsittliche Handlungen vorgenommen habe.

Das Berufungsgericht nimmt an, daß vor dem Inkrafttreten des BGB. eine langwierige entehrende Freiheitsstrafe, sowie ausschweifender Lebenswandel auch nach dem Eherechte der Israeliten als Scheidungsgründe anerkannt gewesen seien, sowie, daß insbesondere die an X. verübten unsittlichen Handlungen, auf Grund deren die Verurteilung erfolgt sei, ein ehrloses und unsittliches Verhalten erweisen, das nach den Bestimmungen des BGB. sowie des früheren jüdischen Rechtes einen Scheidungsgrund bilde. Hinsichtlich der vom Beklagten geltend gemachten Einrede der Verzeihung erachtet das Berufungsgericht in Uebereinstimmung mit dem Gerichte 1. Instanz eine Reihe von nicht bestrittenen Tatsachen zur Annahme einer stillschweigenden Verzeihung für geeignet, erachtet aber als Voraussetzung dieser Annahme eine überzeugende und in allen Punkten genaue Kenntnis von der Schuld des anderen Gatten. Es unterscheidet hierbei moralische und kriminelle Schuld und erachtet für möglich, daß die Verzeihung bei Kenntnis der ersteren leichter als bei Kenntnis der letzteren gewährt sein könne. Es hält ferner für möglich, daß die Klägerin auch nach der Verurteilung ihres Mannes noch an dessen Unschuld habe glauben können, und gelangt, da ein voller Beweis der erforderlichen Kenntnis der einen oder anderen Tatsache nicht erbracht sei, immerhin aber Anhaltspunkte für die Wahrscheinlichkeit dieser Kenntnis vorlägen, zur Auferlegung des richterlichen Eides für die Klägerin, daß sie die Ueberzeugung von der Schuld des Beklagten erst Ende Oktober 1899 erlangt habe. Die Revision macht geltend, die Auferlegung des Eides verstoße gegen die §§ 445 und 475 CPO. Es sei prozeßordnungswidrig, einen subjektiven seelischen Vorgang abstrakt unter Eid zu stellen. Eine gänzlich beweislose Behauptung rechtfertige nicht die Auferlegung des richterlichen Eides. Gerügt wurde ferner die Verletzung der §§ 1570 und 1571 BGB. Die dem Scheidungsbegehren zugrunde gelegten Tatsachen seien längst zur Kenntnis der Klägerin gekommen. Kenntnis im gesetzlichen Sinne liege in dem Augenblick vor, in dem ein rechtlich erheblicher Vorgang sinnlich wahrgenommen worden sei. Dies sei hier längst vor dem Oktober 1899 der Fall gewesen. Bei Prüfung des Sachverhalts dürfe nur ein objektiver Maßstab angelegt werden; es sei nicht angängig, ein unkontrollierbares und höchst persönliches Moment hereinzutragen. Anders läge die Sache, wenn im Oktober 1899 zu dem bisher zweifelhaften Sachverhalt ein neues wesentliches Moment hinzugetreten wäre. Irgendwelche Veränderung der Sachlage sei nicht eingetreten, sondern lediglich die angeblich anderweitige Beurteilung einer in sich schon längst geschlossenen Kette von Vorgängen. Die Revision ist zurückgewiesen aus folgenden Gründen: Gemäß Art. 201 Abs. 2 EG. z. BGB. kann, wenn sich ein Ehegatte vor dem Inkrafttreten des BGB. einer Verfehlung der in den §§ 1565 bis 1568 BGB. bezeichneten Art schuldig gemacht hat, auf Scheidung oder Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nur erkannt werden, wenn die Verfehlung auch nach den bisherigen Gesetzen ein Scheidungs- oder Trennungsgrund gewesen ist. Daß die unsittlichen Handlungen, die sich der Beklagte gegen X. zu Schulden kommen ließ, ein ehrloses und unsittliches Verhalten bekunden, das eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Lebens verursachen kann, daß dem Gatten die Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden kann, unterliegt keinem Zweifel. Der Tatbestand des § 1568 BGB. ist somit ohne Rechtsirrtum angenommen. Da nach dem jüdischen Eherecht ausschweifender Lebenswandel eines Gatten einen Scheidungsgrund bildet (Seuff. Arch. Bd. 47 S. 201, S. 293), so ist auch die Voraussetzung des Art. 201 Abs. 2 EG. z. BGB. gegeben. Gemäß § 1570 erlischt das Recht der Scheidung in den Fällen der §§ 1565 bis 1568 durch Verzeihung. (Art. 201 Abs. 1.) Daß die Verzeihung auch durch schlüssige Handlungen erfolgen kann, ist für das Recht des BGB. anerkannt. (Vgl. Planck, Kommentar z. BGB. Bd. 4 S. 323, Freudenberg, Die Verzeihung nach den Bestimmungen des BGB. S. 123.) Das Berufungsgericht findet in einer Reihe von festgestellten Tatsachen, den wiederholten Besuchen der Klägerin im Gefängnisse, dem Austausche von Geschenken nach Verbüßung der Strafe, dem zärtlichen Ton, sowie den liebevollen Anreden und Abschiedsworten der Klägerin in ihren Briefen einen Beweis dafür, daß die Klägerin ihrem Mann damals nichts nachgetragen habe, hält aber die Aufstellung des Erstrichters, daß die Klägerin hiermit dem Beklagten seine sittlichen Verfehlungen und die Verurteilung verziehen habe, für verfrüht. Die Klägerin bestreite nämlich, daß sie von diesen Verfehlungen, sowie davon, daß die Verurteilung mit Recht geschehen sei, sichere Kenntnis gehabt habe. Das Berufungsgericht würde also in den erwähnten Tatsachen den Ausdruck der Verzeihung finden, wenn die Kenntnis der Klägerin von den Verfehlungen des Beklagten zu der Zeit, als sich diese Tatsachen ereigneten, bereits feststände. Dadurch, daß es die Beweisführung über die Kenntnis der Klägerin auf die Zeit bis Ende Oktober 1899 beschränkt, gibt es zugleich zu erkennen, daß es von den Akten der Versöhnung, die die Beklagte zum Beweise der Verzeihung anführt, nur solche als Ausdruck der Verzeihung anerkennt, die in die Zeit vor Ende Oktober 1899 fallen. Hat das vor dem Inkrafttreten des BGB. geltende Recht gleichfalls eine stillschweigende Verzeihung der den Scheidungsgrund bildenden Verfehlung anerkannt, so kann diese Verfehlung ihre Kraft als Scheidungsgrund schon vor dem Inkrafttreten des BGB. verloren haben. Gemäß Art. 2 des erst durch Art. 175 des Bayr. AG. z. BGB. aufgehobenen Bayr. Gesetzes, die bürgerl. Rechte der isr. Glaubensgenossen vom 29. Juni 1851 betr., wurden hinsichtlich der Ehehindernisse und der Ehescheidung die mit der Religion der Israeliten untrennbar zusammenhängenden Gesetze, also das Talmudrecht, aufrecht erhalten. Ob nach dem in dieser Beziehung von dem RG. vom 6. Februar 1875, die Beurkundung des Personenstandes und der Eheschließung betr., nicht berührten jüdischen Eherechte, insbesondere der Gestaltung, die es in der Praxis des Würzburger Gebiets genommen, eine stillschweigende Verzeihung einen Scheidungsgrund bildender Verfehlungen als anerkannt zu erachten wäre, mag dahin gestellt bleiben. (Vgl. v. Seel in den Bl. f. RA. Bd. 42 S. 49, Bd. 48 S. 417, 435; Bl. f. RA. Bd. 14 S. 14, 219, 233, 9. Erg.Bd. S. 13.) Wäre dies nicht der Fall, so würde die Verzeihung als Erlöschungsgrund des Scheidungsrechtes gemäß Art. 201 Abs. 1 EG. z. BGB. und § 1570 BGB. Platz greifen. Die Auslegung der vom Berufungsgerichte angeführten Akte des vertraulichen Verkehrs und ehelicher Zärtlichkeitsbezeigungen beruht jedenfalls auf keinem Rechtsirrtum. Da es sich insoweit um tatsächliche Prüfung und Würdigung festgestellter Tatsachen handelt, bedarf es auch keiner Nachprüfung der Abschwächungsversuche des Beklagten. Verzeihung setzt überzeugende Kenntnis von der Verfehlung voraus. Man kann nur eine Kränkung verzeihen, die man erfahren hat, und die man als solche empfindet. Das Berufungsgericht hält den Beweis nicht für erbracht und legt deshalb der Klägerin den richterlichen Eid über ihre Ueberzeugung von den Verfehlungen auf. Daß der Eid auch über innere Seelenvorgänge des Schwörenden zugeschoben werden kann, ist in der Rechtspr. des Reichsgerichts anerkannt. (Gaupp-Stein 6. u. 7. Aufl. Bd. 1 S. 919.) Umsomehr erscheint gemäß § 475 CPO. die Auflage des richterlichen Eides über die Ueberzeugung zulässig. Ueberdies dient er hier zur Beseitigung der nach Ansicht des Gerichts für das Gegenteil des Eidesthemas sprechenden Wahr-

scheinlichkeit. Anerkannt ist, daß nur die Kenntnis in Frage kommt, die auf einer verlässigen Erkenntnisquelle beruht und daß die Kenntnis auch die ganze Schwere der Verfehlung umfassen muß. Demgemäß erscheint auch die Scheidung zwischen moralischer und krimineller Verschuldung und die darauf beruhende Annahme des Berufungsgerichtes gerechtfertigt, daß die Verzeihung der geringeren Schuld die der schwereren nicht in sich schließt. (Vgl. Lütgen in Zeitschr. f. Kirchenrecht Bd. 32 S. 222, Entsch. d. Bayr. Oberst. LG. Bd. 11 S. 355, Seuff. Arch. Bd. 41 S. 192.) Für die Frage der Kenntnis, d. i. für die Frage der Aufnahme des sich Offenbarenden, kann nicht eine allgemeine objektive Beurteilung der Erkenntnisquelle, sondern nur die subjektive Meinung und Empfindung des Gekränkten maßgebend erscheinen. Die Verzeihung ist zwar nicht ausnahmslos, — denkbar ist sie aus reinen Verstandserwägungen, — aber doch in der Regel der Ausgleich einer durch Kränkung der Gemütsempfindung hervorgerufenen Seelenstörung, die Beruhigung einer seelischen Erregung. Die Erregung, die ausgeglichen werden soll, besteht aber nicht, wenn der, der sich gekränkt fühlen könnte, an die ihm berichtete, durch Zeugen oder gar gerichtlich festgestellte kränkende Handlung nicht glaubt. So ist es vollkommen möglich, daß eine Frau in dem Vertrauen zu dem seine Unschuld beteuernden Manne nicht erschüttert wird. Für die Wandlung ihrer Ueberzeugung hat die Klägerin allerdings keine besonders stichhaltigen Gründe vorgebracht, zumal da sie durch das eigene Geständnis des Beklagten immerhin auf seine Neigung zu geschlechtlichen Exzessen hätte hingeführt werden können. Beruht der Wandel ihrer Ueberzeugung lediglich auf der durch die Haltung ihres Mannes in Vermögenssachen hervorgerufenen Verstimmung, so drängt sich allerdings zunächst der Gedanke auf, daß ein ausreichender Grund zu dieser Wandlung nicht bestehen möge, wenn auch nicht verkannt werden kann, daß eine etwa gerechtfertigte Erschütterung des Vertrauens auf die Liebe und die Verlässigkeit des Ehemannes auch ihre Rückwirkung auf das vorher in die eheliche Treue gesetzte Vertrauen äußern kann. Läge kein ausreichender Grund für diese Wandlung vor, so würde daraus nicht folgen, daß die Wandlung nicht eingetreten ist. Daraus, daß die Klägerin keinen ausreichenden Grund zur Wandlung gehabt hätte, ließe sich folgern, daß sie keinen genügenden Grund gehabt habe, vor Ende Oktober 1899 nicht zu glauben, was sie jetzt glaubt. Die Folgerungen würden somit höchstens zu der Annahme eines inkonsequenten Verhaltens der Klägerin führen. Daraus kann ihr aber nicht für die Vergangenheit eine Gemütsstimmung rechtlich unterstellt werden, deren Nichtvorhandensein sie durch Eid bekräftigen will. (Urt. vom 5. April 05, I 596/04.)

Mitgeteilt von Dr. Kaiser, Rechtsanwalt am Reichsgerichte.

II.

**Zu § 1568 BGB. Eigenes Verschulden des klagenden Teiles. Verzeihung zum Scheine?** Aus den Gründen: Der Tatbestand des § 1568 BGB. ist ungenügend festgestellt. Den einzigen Grund, weshalb dem Kläger die Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden könne, erblickt der Berufungsrichter in der Tatsache der Ehezerrüttung. Er bemerkt: „Beklagte hat das eheliche Verhältnis schuldhaft zerrüttet; es kann dem Kläger daher nicht zugemutet werden, die Ehe fortzusetzen." Gegen den Vordersatz dieser Folgerung läßt sich nichts einwenden. Er gründet sich auf die Ueberzeugung des Berufungsrichters, daß durch Schuld der Bekagten die eheliche Gesinnung des Klägers erloschen sei. Rechtlich ist darin eine Ehezerrüttung auch dann zu erblicken, wenn die Entfremdung des Klägers den Verfehlungen nicht unmittelbar folgte oder von vorübergehenden Anwandlungen einer im Erlöschen begriffenen Zuneigung unterbrochen wurde. Damit allein ist aber der Tatbestand des § 1568 BGB. nicht erfüllt. Das Gesetz bindet die Scheidung nicht allein daran, daß die Zerrüttung in den Verfehlungen des schuldhaften Teils ihre Ursache hat, es verlangt vielmehr, daß die Zerrüttung eine bestimmte Beschaffenheit habe, die nach Art und Maß durch die Anforderung gekennzeichnet wird, daß dem anderen Teile die Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden kann. Die Unmöglichkeit einer solchen Zumutung läßt sich nicht durch bloße Schlußfolgerung aus der im subjektiven Empfinden des Klägers beruhenden Zerrüttung selbst herleiten. Vielmehr ist ein objektiver Maßstab anzulegen. Das Berufungsgericht hat nun insbesondere nicht in Betracht gezogen, ob das Schwanken des Klägers, der erst nach mehrfacher Betätigung entgegengesetzter Gesinnungen das klare Bewußtsein der Unerträglichkeit der Ehe erlangt haben soll, darauf beruhte, daß er unter dem wechselnden Einfluß von Zweckmäßigkeitserwägungen stand oder ob in den Schwankungen ein schließlich vergebliches Ankämpfen ehelicher Gesinnungen gegen die seelischen Einwirkungen erlittenen Unrechts Ausdruck fand. Je nach dem das eine oder andere zutraf, hatte die Unbeständigkeit des Klägers ihre besondere, bisher noch nicht gewürdigte Bedeutung. Für die Frage nach der Unverwindlichkeit der Verfehlungen der Beklagten kommt es ferner darauf an, inwieweit sie durch ein eigenes ehewidriges Verhalten des Klägers veranlaßt waren. Bei Feststellung eines solchen wird sich unter Umständen die Unabweisbarkeit der an ihn zu stellenden Anforderung ergeben, daß er die Voraussetzungen einer gedeihlichen Gestaltung der Ehe zunächst in seiner eigenen Person herstellt, bevor er der Zumutung überhoben werden kann, die Ehe aufrecht zu erhalten. Auch die Entscheidung über den Einwand der Verzeihung ist unrichtig. Wenn Kläger gegenüber der Beklagten ein Benehmen zeigte, das die Kundgebung enthielt, seine ehelichen Gesinnungen seien trotz der Kränkungen erhalten geblieben, so war das Recht auf Scheidung nach § 1570 erloschen. Daß der Berufungsrichter erwägt, dem Kläger sei es darum zu tun gewesen, Dritten den Einblick in das eheliche Verhältnis vorzuenthalten, war verfehlt. Daß ein geheimer Vorbehalt der Wirksamkeit der Verzeihung nicht Eintrag tut, und die dem äußeren Verhalten widersprechende innere Gesinnung, sofern sie nicht auch dem anderen Teil erkennbar war, rechtlich ohne Bedeutung ist, hat das Reichsgericht wiederholt ausgesprochen (Entsch. Bd. 37 S. 346, Jur. Wschr. 1901 S. 386). Der Kläger hat übrigens selbst gar nicht vorgeschützt, daß er sich verstellt habe; er bestritt nur die Behauptungen der Beklagten. Es war prozeßwidrig, im Interesse der Scheidung der Ehe dem Verhalten des Klägers Beweggründe und Absichten unterzulegen, die sich aus seinen Ausführungen nicht ergaben. Auch die Aufhebung des Berufungsurteils über die Widerklage muß erfolgen. Kläger hat während des Bestehens der Ehe um die Hand der J. L. angehalten. Es wird zu prüfen sein, ob dieses Verhalten mit den durch die Ehe begründeten Pflichten vereinbar ist. Unzulässig war die vom Berufungsrichter versuchte Rechtfertigung des Klägers damit, daß es zweifelhaft sei, ob er die Werbung ernst gemeint habe. Denn auch hiermit hatte sich der Kläger gar nicht selbst verteidigt, sondern die Werbung bestritten. Wollte der Berufungsrichter von der Befugnis des § 621 BGB. Gebrauch machen, so mußten zuvor die Parteien über den von Amts wegen herangezogenen Aufrechterhaltungsgrund gehört werden. Handelte es sich in der Tat nur um einen Scherz, so mußte dessen Vereinbarkeit mit den Forderungen der Sittlichkeit und den durch die Ehe begründeten Pflichten erwogen werden (Urt. des IV. ZS. vom 1. Mai 1905).

— — — n.



III.

**Kann eine gewerbliche Schutzvereinigung wegen unlauteren Wettbewerbs klagen, wenn die Handlungen vor ihrer Gründung begangen waren? Aenderung des Klagegrunds durch Nachbringung von Behauptungen.** Die am 5. Februar 1903 in das Vereinsregister des Amtsgerichts S. eingetragene Schutzvereinigung der Gewehrfabrikanten in S. hat gegen den Kaufmann B. geklagt, mit dem Antrag, diesen zu verurteilen: a) in seiner Preisliste die Behauptung zu unterlassen, seine Waffen seien eigenes Fabrikat; b) gewisse Reklamen in Zeitungen zu unterlassen. Die Klage ist auf § 1 des Wettbewerbgesetzes gestützt mit der Behauptung, daß die Angaben des B. unwahr und auf Täuschung berechnet seien. Die Preislisten des B. sind nach den in 1. Instanz gemachten Angaben der Klägerin im Dezember 1903 versendet worden. Zu gleicher Zeit sind auch die Reklamen erschienen. In beiden Instanzen wurde die Klage abgewiesen, weil Klägerin zur Klage nur wegen solcher unrichtiger Angaben berechtigt sei, die nach ihrer Eintragung gemacht seien. In 2. Instanz hatte Klägerin noch behauptet, die Preislisten des B. seien auch noch nach ihrer Eintragung versendet worden. B. hatte dies bestritten und einer Klageänderung widersprochen. Die Revision blieb erfolglos.

Aus den Gründen: Die Klage aus § 1 des Wettbewerbgesetzes ist eine Deliktsklage zum Schutze der demselben Geschäftszweig angehörenden Mitbewerber. Die Motive sagen: „Jeder Mitbewerber soll als durch die trügerische Reklame verletzt angesehen werden ....“ Bedarf es somit des Nachweises einer Verletzung nicht, so wird doch eine solche vorausgesetzt und in der Erschwerung des Betriebs aller Mitbewerber durch die trügerische Reklame erblickt. Es können aber nur diejenigen verletzt sein, welche zur Zeit der Tat schon in dem Gewerbe tätig sind; später eintretende können höchstens unter den Nachwirkungen der Handlung leiden. Mit Recht wird daher allgemein angenommen, daß nur die Inhaber der z. Z. der Handlung bestehenden Betriebe zur Klage berechtigt sind. Daraus ergibt sich aber, daß auch die Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen z. Z. der Handlung, die sie verfolgen wollen, bestanden haben müssen. Sonst könnte das erwähnte Erfordernis durch Gründung eines solchen Vereins umgangen werden. Auch könnte so die Verjährungsfrist von 6 Monaten (§ 11 d. Ges.) verlängert werden, da die Vertreter des Verbandes als solche erst nach dessen Entstehung die Handlung und die Person des Täters erfahren würden. Die in der Berufungsinstanz nachgeschobene Behauptung, daß B. noch nach der Gründung die Preislisten versendet habe, enthält nicht nur eine Klageerweiterung oder Ergänzung der tatsächlichen Ausführungen, sondern eine neue Klage. Wäre Klägerin in Bezug auf den vor dem Landgericht allein behaupteten Vorgang legitimiert gewesen, so hätte es weder der Heranziehung eines späteren gleichartigen Vorganges bedurft, noch hätte darauf eine Erweiterung der Klageanträge gestützt werden können. Indessen wäre in der neuen Behauptung nur eine Ergänzung, oder, wenn der zuerst behauptete Vorgang etwa nicht hätte bewiesen werden können, eine Berichtigung der tatsächlichen Anführungen zu erblicken gewesen. Anders liegt es aber, wenn, wie hier, die Klage nach den zuerst aufgestellten Behauptungen unbegründet ist, und neue Behauptungen aufgestellt werden sollen, die einer abweichenden rechtlichen Beurteilung unterliegen. Dann handelt es sich um eine Aenderung des Klagegrunds. (Urt. d. I. Z. S. vom 6. Mai 1905.)

— — n.

IV.

**Nachfrist bei verweigerter Erfüllung?** Aus den Gründen: Die Beklagte bestreitet jetzt die Berechtigung der Klägerin, Schadensersatz zu fordern, weil diese, als die Beklagte sich mit den zweiten 50 Halbstück Muskatwein im Leistungsverzuge befand, es unterlassen habe, nach § 326 Abs. 1 BGB. der Beklagten eine angemessene Frist mit der Erklärung zu bestimmen, daß sie nach dem Ablaufe die Annahme ablehne Dieser Angriff ist nicht begründet, weil eine Verpflichtung der Klägerin zur Gewährung einer Nachfrist nicht vorlag. Die Beklagte hatte nicht allein bereits im Briefe vom 11. August 1903 erklärt, daß sie sich bezüglich dieser 50 Halbstück „von ihrem Kontrakt entbunden erachte“, sondern hatte diese Behauptung auch am 14. August 1903 mit der Erklärung wiederholt, daß sie den Vertrag als erledigt betrachte. Sie erklärte zwar hier, noch bezüglich der 15 nach Rotterdam beorderten Fässer nach Athen schreiben zu wollen, lehnte aber auch für diese jede Verpflichtung zur Lieferung ab und fügte bei, sie bedauere, die weiter nach Rotterdam aufgegebenen 15 und 20 Fässer nicht mehr liefern zu können. Sie hat also bezüglich aller Fässer die Leistung verweigert. Hiermit hat sie sich von dem Vertrage losgesagt und zu erkennen gegeben, daß sie weder eine Frist zur Erfüllung begehre, noch von einer ihr gesetzten Frist Gebrauch machen werde, wie sie denn auch in der Folge niemals mit dem Anerbieten, nachträglich liefern zu wollen, hervorgetreten ist. In diesem Verhalten liegt auch nach dem Rechte des BGB. die Erklärung des Verzichts auf eine Nachfrist (Entsch. Bd. 51 S. 350, 52 S. 154). Die Klägerin hat, indem sie die Schadensersatzforderung erhob, den Verzicht angenommen und erklärt, daß sie nunmehr die Erfüllung ablehne. Bei entschiedener Leistungsweigerung des einen Teils ist nach BGB. die rechtliche Lage für den nicht Säumigen keine andere, als sie es nach dem Allg. deutschen HGB. gewesen ist; er wird sofort zur Schadensersatzforderung berechtigt. Es bedurfte somit hier der Setzung einer Nachfrist überhaupt nicht. (Urt. d. I. Z. S. v. 15. April 1905).

— — n.

V.

**Anwendung des deutschen Rechts auf ein Gesellschaftsverhältnis, wenn die Teilhaber in Deutschland und im Auslande Geschäfte treiben.**

Aus den Gründen: Der Vorderrichter hat mit Recht nach deutschem Gesetz entschieden. Beide Parteien sind Deutsche; ihr Gesellschaftsverhältnis umfaßte außer dem Betriebe eines Geschäftes in Australien, um den es sich hier handelt, zugleich ein solches in Hamburg. Auf das beiderseitige Verhältnis ist ein und dasselbe Recht anzuwenden; die Verpflichtungen des Klägers, wenngleich sie in Australien zu erfüllen sind, sind nicht nach einem anderen Maßstabe zu beurteilen, als die seines in Hamburg zur Leitung des dortigen Betriebs verbliebenen Bruders. Es kommt außerdem in Betracht, daß der Auseinandersetzungsvertrag, der für die Würdigung der beiderseitigen Ansprüche von entscheidender Bedeutung ist, in Hamburg geschlossen ist. In einem ähnlichen Falle hat sich das Reichsgericht bereits für Anwendung des deutschen Rechts ausgesprochen. (Entsch. Bd. 40 Nr. 52.) (Urt. des I. C.-S. vom 3. Mai 1905.)

— — — n.

VI.

**Zu §§ 1133, 323, 281, 273, 274, 275, 1181 ff. BGB.** Brennen auf einem Grundstück nach dessen Uebergabe aber vor seiner Auflassung Gebäude ab, so kann der Käufer Auflassung nur Zug um Zug mit der vereinbarten hypothekarischen Eintragung seiner Restkaufgeldschuld auf dem Grundstück **mit den** von ihm darauf **neu zu errichtenden gleichwertigen Gebäuden** verlangen. Andererseits kann der Verkäufer nicht Verpfändung der Brandversicherungsforderung

**beanspruchen. — Der § 1133 sichert in solchem Falle den Verkäufer nicht.**

*Aus den Gründen:* Der Kläger (Käufer) ist der Ansicht, die §§ 323, 281, BGB. seien nicht anwendbar. Die Beklagten (Verkäufer) hätten gemäß § 1133 BGB. vorgehen sollen. Jedenfalls sei das Verlangen der Verpfändung der ganzen Versicherungssumme für die Hypothek von 4000 Mk. unbegründet. Aber der § 1133 BGB. würde den Beklagten nicht zur Seite stehen, da dieser die Gefährdung einer Hypothek voraussetzt und auf den bloß persönlichen Anspruch auf Einräumung einer Hypothek nicht erstreckt werden kann. Auch kann der Kläger, für den die Verpfändungspflicht besteht, an sich nicht verlangen, daß den Beklagten nur 4000 Mk. von der Versicherungssumme verpfändet werden; denn wie den Beklagten die ganzen Gebäude, wenn sie noch bestünden, haften würden, so müßte ihnen auch die ganze den Wert der abgebrannten Gebäude darstellende Versicherungssumme haften. Dagegen kann dem Angriffe, daß der § 323 BGB. nicht anwendbar ist, der Erfolg nicht versagt werden. Die Leistung, welche dem Kläger den Beklagten gegenüber bezüglich der Sicherstellung des Restkaufgeldes von 4000 Mk. nach dem Kaufvertrage obliegt, besteht darin, daß er das Kaufgeld auf das gekaufte Grundstück mit den darauf stehenden Gebäuden als seinen wesentlichen Bestandteilen (BGB. § 94) in das Grundbuch eintragen läßt. Nachdem die Gebäude nach Abschluß des Kaufvertrags, also nach Entstehung des Schuldverhältnisses des Klägers abgebrannt sind, kann er seine Verpflichtung in Ansehung des Grundstücks mit den bei Eingehung des Schuldverhältnisses vorhanden gewesenen Gebäuden zurzeit nicht erfüllen. Aber eine objektive Unmöglichkeit der Leistung ist dadurch sowenig wie ein Unvermögen des Klägers zur Leistung (§ 275) eingetreten, da Kläger die Gebäude, wie sie vorhanden waren, jederzeit wieder aufbauen kann. Objektive Unmöglichkeit setzt regelmäßig dauernde Unmöglichkeit voraus. Durch den Brand ist aber die Verpfändung mit den Gebäuden nur zeitweilig unmöglich geworden. (Vgl. RG. Ziff. 47, 306, Rehbein BGB. Bd. 2 S. 111.) Die dem Kläger aus dem Kaufvertrage erwachsende Verpflichtung, das Grundstück mit Gebäuden für den Kaufgeldrest haftbar zu machen, hat zur Folge, daß der Kläger die Gebäude wieder aufbauen muß. Die Verpfändung des Grundstücks ohne Gebäude erschöpft nicht die Leistung, die die Beklagten verlangen können. Andererseits können aber die Beklagten nicht beanspruchen, daß ihnen der Brandentschädigungsanspruch vom Kläger verpfändet wird. Denn dadurch würde dem Kläger die Erfüllung seiner Verpflichtung, die Gebäude wieder aufzubauen, nahezu unmöglich gemacht (§§ 1281 ff. BGB.). Da die Voraussetzung der Anwendung des § 323 BGB., die Unmöglichkeit der Erfüllung, nicht vorliegt, hat das Berufungsgericht diese Bestimmung (durch Verurteilung zur Verpfändung der Brandversicherungsforderung) unrichtig angewendet. Die Beklagten brauchen dem Kläger aber das verkaufte Grundstück nur Zug um Zug gegen die ihnen gebührende Leistung, also gegen Eintragung der Hypothek auf das verpfändete Grundstück *mit* Gebäuden aufzulassen (§§ 273, 274). (Urt. V 578/04 v. 17. Mai 1905.)

— — — r.

## VII.

**Gesellschaft zum Zwecke des Spiels.** Der Beklagte, Schuhmacher J., und der Kläger, sein Geselle B., haben seit Jahren derart zusammengespielt, daß J. für gemeinsame Rechnung ein Los kaufte und dem B. bei der Löhnung seinen Anteil abzog. Im Nov. 1902 kam J. mit dem Plane der M.'schen Lotterie in die Werkstatt und fragte B., ob sie wieder zusammen spielen wollten, was dieser bejahte. Zum sofortigen Ankauf des Loses kam es nicht. Der Kläger trat wegen Krankheit Ende Nov. 1902 aus. Im Dez. 1902 gewann das von J. später gekaufte Los der M.schen Lotterie 10 000 Mk. J. verweigerte Herausgabe des Anteils des B. Dessen Klage wurde in 2. Instanz stattgegeben; die Revision wurde verworfen.

*Aus den Gründen:* Die Revision meint, der Gesellschaftsvertrag hinsichtlich eines bestimmten gemeinschaftlich zu spielenden Loses werde erst mit dem Ankauf wirksam. Hierbei ist die obligatorische und die dingliche Wirkung der Vereinbarung verwechselt. Eine Gesellschaft hat oft den Zweck, ein Vermögensstück erst zu erwerben; gemeinschaftliches Eigentum tritt erst ein, wenn die Anschaffung wirklich erfolgt. Dadurch wird aber das frühere Dasein der Gesellschaft und der sich aus ihr ergebenden Pflichten nicht berührt. Das OLG. stellt fest, daß J. nach der Vereinbarung verpflichtet war, ein Los der M.schen Lotterie für gemeinsame Rechnung anzuschaffen und daß er das später gezogene Los für gemeinschaftliche Rechnung gekauft hat. Diese Ausführungen sind wesentlich tatsächlicher Natur und lassen keinen Rechtsirrtum erkennen. (Urt. des I. CS. vom 31. Mai 1905.)

— — — n.

## VIII.

**Zu § 131 Nr. 3 HGB.** Die Parteien sind Teilhaber einer 1898 aus einer offenen Handelsgesellschaft umgewandelten Kommanditgesellschaft. Der Gründungsvertrag bestimmt in § 6, daß *die Geschäftsführung und Vertretung* den Komplementären A. und B., — die schon zu Zeiten der offenen Handelsgesellschaft, jeder für sich, geschäftsführende und vertretungsberechtigte Gesellschafter waren und Gehalt und Tantiemen bezogen hatten — und zwar jedem selbständig zustehen, in allen weiteren Angelegenheiten der Mehrheitsbeschluß *aller* Gesellschafter entscheiden und die Bezüge der Komplementäre sich nach den bisherigen Sätzen regeln sollen, und in § 9, *daß beim Tode eines Komplementärs oder Kommanditisten die Gesellschaft nicht aufgelöst, sondern mit dessen Erben fortgesetzt werden soll.* A. ist 1902 gestorben und von der Witwe und den Söhnen beerbt worden. Kurze Zeit danach erklärten die Erben, B. und die Kommanditisten beim Registergerichte, daß Witwe und Kinder an die Stelle des Verstorbenen als persönlich haftende Gesellschafter eingetreten seien und daß zur Vertretung vorläufig nur B. berechtigt bleibe. Auf Grund von Streitigkeiten darüber, ob die Erben des A. auch in das Recht zur Geschäftsführung und Vertretung eingetreten seien, klagten die großjährigen Söhne des A. gegen die übrigen Teilhaber auf Feststellung, daß sie Komplementäre seien und daß ihnen *alle Rechte* zustehen, die ihr Vater besessen, insbesondere die Geschäftsführung und Vertretung. B. und die Kommanditisten — die übrigen Erben waren unvertreten — beantragten Abweisung der Klage, da die Eigenschaft als Komplementäre den Klägern nie bestritten, vielmehr vor dem Registerrichter anerkannt sei, daraus aber ihr Eintritt in das Recht zur Geschäftsführung und Vertretung nicht folge, weil diese Befugnisse ihrem Vater wie dem B. *vertragsmäßig* übertragen, auf die Kläger aber wie Rechte aus Auftrag und Dienstverhältnis nicht vererbt seien; sie erhoben Widerklage, daß den Klägern die Befugnis zur Geschäftsführung und Vertretung versagt werde. Das Landgericht stellte fest, daß die Kläger persönlich haftende Gesellschafter seien und ihnen das Recht der Geschäftsführung zustehe, versagte ihnen das Recht der Vertretung bis zum 30. Lebensjahre und wies im übrigen Klage und Widerklage ab. Das Oberlandesgericht Z. wies auf die Berufung der Kläger und die Anschließung des B. wie der Kommanditisten die Klage ab; die Widerklage wies es als unzulässig

zurück. Die Revision der Kläger richtet sich dagegen, daß ihnen die Geschäftsführung und Vertretung aberkannt wurde. Das Reichsgericht (I. C.=S.) erklärte sie mit Urteil vom 6. Mai 1905 für zum Teile begründet.

Aus den Gründen: Nach § 9 des Vertrages und Art. 123 Nr. 2 des alten, § 121 Nr. 3 des neuen HGB. sind die Kläger als Erben des A. in die Rechtsstellung eingetreten, die dieser eingenommen hatte. Nach dem HGB. und § 727 Abs. 1 BGB. ist die Rechtsstellung des Gesellschafters nicht vererblich; sie gilt als höchst persönlich. Aber durch den Vertrag kann bestimmt werden, daß die Gesellschaft mit den Erben fortgesetzt wird. Wo dies, wie hier der Fall, bestimmt ist, tritt jeder Erbe auf Grund des Vertrages in die Gesellschaft und in die Rechtsstellung des Erblassers ein. Daraus folgt, daß er die Geschäftsführung und die Vertretung hat, die der Erblasser hatte. Hier ist in § 6 des Vertrages Geschäftsführung und Vertretung dem A. selbständig, nicht in Gemeinschaft mit B. übertragen. Davon, daß dies nur mit Rücksicht auf die Person von A. und nur für dessen Person geschehen, diese Befugnisse deshalb „der Vererbung“ entzogen seien, ergibt der Vertrag nichts. Um Vererbung der Befugnisse handelt es sich nicht. Die Mißstände, welche sich aus dem Eintritt von Erben in die Rechtsstellung des Erblassers und dessen Befugnisse als Komplementär ergeben können, verlieren ihre Bedeutung dadurch, daß nach Art. 101 AD. HGB. (§ 127 HGB.) ein Weg gegeben ist, dem ungeeigneten Erben Geschäftsbefugnis und Vertretungsmacht zu entziehen. Diesen Weg versuchte die rechtskräftig abgewiesene Widerklage einzuschlagen. Durch Vertrag kann der Uebergang der Befugnisse des Komplementärs auf die Erben anders geordnet werden. Einen solchen Vertrag findet der Berufungsrichter in der von allen Beteiligten vor dem Registergerichte abgegebenen Erklärung. Diese spricht aber von der Geschäftsführung nicht. Sie sagt nur, daß zur Vertretung vorläufig nur B. berechtigt bleibe. Dem Berufungsrichter kann darin nicht entgegengetreten werden, daß dadurch dem B. bis auf weitere vertragsmäßige Abmachung die Vertretung allein übertragen ist. Hinsichtlich der Geschäftsführung muß es dagegen bei dem § 9 des Vertrages und der rechtlichen Folge verbleiben, daß die Erben des A. in dessen Befugnis eingetreten sind. (Also Abweisung der Klage, insoweit sie Feststellung der Komplementäreigenschaft und das Recht der Vertretung für die Kläger verlangt, und Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils, soweit es den Klägern das Recht der Geschäftsführung zuspricht.)

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Lunglmayr in Zweibrücken.

## B. Strafsachen.

### I.

**Muß einem Beweisantrag auf Ladung eines Zeugen über Charaktereigenschaften einer Person auch ohne Angabe von Tatsachen, aus denen auf solche geschlossen werden kann, entsprochen werden?**

Aus den Gründen: Der Verteidiger hat beantragt, die Verhandlung auszusetzen zwecks Vernehmung des B. darüber, daß die St.'schen Kinder lügenhaft und boshaft seien, . . . . . der Antrag ist abgelehnt worden, „weil keine Tatsachen vorgebracht worden seien, aus denen zu schließen wäre, daß die Behauptung, die Kinder seien lügenhaft und boshaft, gerechtfertigt sei.“ . . . . Die Begründung des Beschlusses ist nicht richtig, weil das Gericht verpflichtet gewesen wäre, den Beweis über die Charaktereigenschaften der Kinder zu erheben, auch ohne daß Tatsachen angegeben worden sind. Allerdings ist die Aussage eines Zeugen darüber, ob jemand lügenhaft usw. sei, ein Urteil, aber ein Urteil, bei dem der Kreis der Umstände, die zum Urteil führen, so klein und leicht übersehbar ist (RGE. Bd. 27, S. 96), daß dessen Beurteilung von jedem vernünftigen Zeugen verlangt werden kann, so daß ein solches Urteil auch regelmäßig in den Bereich des Zeugenbeweises fallen muß (RGE. Bd. 37, S. 371). Der Zeuge wird zwar sein Urteil auf Tatsachen gründen müssen, um dem Richter eine Würdigung seiner Auffassung zu ermöglichen, allein es kann nicht verlangt werden, daß der Antragsteller, dem ein solches Urteil des Zeugen bekannt geworden ist, auch die Tatsachen angebe, auf welche der Zeuge es stützt. Hatte der Verteidiger erfahren, daß B. über die St.'schen Kinder im Sinne des Beweisantrags urteile, so war er nicht verpflichtet, sich nach den tatsächlichen Grundlagen zu erkundigen und es konnte ihm nicht zugemutet werden, hierüber Aufschluß zu geben. (Urt. d. I. Str.=S. v. 13. April 1905.)

B.

### II.

**Die Vorschrift des § 290 Abs. I StPO., wonach die den Geschworenen vorzulegenden Fragen von dem Vorsitzenden entworfen werden, schließt nicht aus, daß schon der Entwurf auf Grund einer Beratung des Gerichts hergestellt wird.** Wie das Protokoll ergibt, hat nach Schluß der Beweisaufnahme das Gericht sich „behufs Entwurfs der Fragen“ zurückgezogen und nach Wiedereintritt der Vorsitzende „die entworfenen Fragen“ verlesen. Sodann ist gemäß § 291 StPO. verfahren worden, indem der Verteidiger Anträge angebracht, daß Gericht sich wiederum zurückgezogen und nach Wiedereintritt der Vorsitzende „die vom Gerichte festgestellten Fragen“ verlesen hat. Wenn auch § 290 Abs. I StPO. vorschreibt, daß die Fragen vom Vorsitzenden zu entwerfen sind, so ist doch zufolge § 291 StPO. die Billigung und die endgültige Feststellung der Fragen Aufgabe des Gerichts und es ist kein Grund ersichtlich, warum es unzulässig sein sollte, schon den Entwurf der Fragen auf Grund einer Beratung herzustellen. Durch die schon im vorhinein erfolgende Einigung des Gerichts oder Austragung etwaiger Meinungsverschiedenheiten werden die den übrigen Beteiligten durch § 291 StPO. eingeräumten Rechte nicht berührt und auch die Gerichtsmitglieder selbst begeben sich dadurch nicht des Rechts, nochmalige Beratung und Feststellung im Sinne des § 291 Abs. 2 StPO. zu verlangen. Dem Wesen nach ist die Vorschrift des § 290 Abs. I StPO. beobachtet (Urt. d. I. Str.=S. v. 26. Februar 1905).

B.

### III.

**Ein Antrag des Verteidigers, nach § 317 Abs. I StPO. zu verfahren, muß nicht beschieden werden.**

Aus den Gründen: Der Verteidiger hat beantragt, „die Richter sollen einstimmig aussprechen, daß die Geschworenen sich zuungunsten des Angeklagten geirrt haben,“ und es ist auf den Antrag ein Gerichtsbeschluß nicht ergangen. Doch versucht der Verteidiger ohne Erfolg hieraus einen Revisionsangriff abzuleiten. Indem § 317 Abs. I, Schlußsatz, StPO. bestimmt, daß die Verweisung einer Schwurgerichtssache zur neuen Verhandlung vor das Schwurgericht der nächsten Sitzungsperiode „nur von Amts wegen zulässig“ sei, entzieht er den Beteiligten jede Befugnis, durch einen Antrag das Gericht zur Beratung über eine Verweisung oder zu einem ausdrücklichen Ausspruch zu nötigen. Mithin kann auf dem Unterbleiben der Bescheidung eines im Widerspruch zu § 317 Abs. I eingebrachten Antrags das ergehende Erkenntnis regelmäßig nicht beruhen, da dem Antragsteller weder das rechtliche Gehör versagt, noch die Geltendmachung eines Rechtsbehelfs abgeschnitten worden ist (Urt. d. I. St.=S. v. 9. März 1905).

B

# Oberstes Landesgericht.

## A. Zivilsachen.

### I.

**Die „Zinsen- und Kostenkautionen" des bisherigen Hypothekenrechtes gelten von dem Zeitpunkte, in dem das Grundbuch für angelegt erklärt wurde, als Sicherungshypotheken, im Besonderen als Höchstbetragshypotheken des BGB. Diese können sich in Eigentümerhypotheken verwandeln. Die Pfändung derartiger künftigen Eigentümerhypotheken ist zuläßig, sie kann und muß in das Grundbuch eingetragen werden.** Gegen den in dieser Zeitschrift auf Seite 287 ff. veröffentlichten Beschluß des Landgerichtes München I vom 23. Mai 1905 wurde von Rechtsanwalt Dr. L. für die Firma M. die weitere Beschwerde eingelegt. Das Oberste Landesgericht hat sich veranlaßt gesehen, sie gemäß § 28 GFG. aus nachstehenden Erwägungen, in denen es obige Rechtsregeln begründete, dem Reichsgerichte vorzulegen[1]): 1. Hypotheken, die nur unselbständige Anhängsel einer anderen Hypothek sind, kennt das Bayr. Hypothekengesetz ebensowenig wie das BGB., keine seiner Vorschriften enthält eine Andeutung von dieser Rechtsgestaltung. Eine für künftige Zinsen- und Kostenansprüche bestellte Höchstbetragshypothek ist insoferne von dem Bestehen des Hauptanspruchs abhängig, als die Entstehung der Ansprüche auf Nebenleistungen, für die sie bestellt ist, den Hauptanspruch voraussetzt, aber die Höchstbetragshypothek und die für den Hauptanspruch bestellte Hypothek stehen selbständig nebeneinander, das zwischen den Ansprüchen bestehende Abhängigkeitsverhältnis besteht zwischen den beiden Hypotheken nicht. Die Höchstbetragshypothek für die zu einer Hypothekenforderung gehörenden Nebenansprüche unterscheidet sich in nichts von einer Höchstbetragshypothek für Nebenansprüche, die mit einem Hauptanspruche zusammenhängen, für den eine Hypothek überhaupt nicht besteht, z. B. einer Hypothek für rückständig bleibende Zinsen einer Fideikommißschuld, die der Fideikommißbesitzer an einem zu seinem Allodialvermögen gehörenden Grundstücke bestellt, sie ist nach der Ausdrucksweise des § 43 Satz 2 des Hypothekengesetzes ebenso eine „eigene" d. h. besondere Hypothek wie die Hypothek für bereits entstandene Zinsenrückstände und Kosten, die auf Grund des im § 12 Nr. 11 Hyp.G. bestimmten gesetzlichen Hypothekentitels eingetragen wird, und steht zu der Hypothek für den Hauptanspruch in keinem anderen Verhältnis als eine nach den Vorschriften des BGB. bestellte Sicherungshypothek für künftige Zinsrückstände, die nach § 10 Abs. 1 Nr. 4 und § 13 ZVG. den Rang des Hauptanspruchs nicht teilen, zu der für diesen bestehenden Hypothek. Das Beschwerdegericht irrt auch darin, daß es annimmt, die Höchstbetragshypothek sei mit dem Inkrafttreten des Grundbuchrechts in Ansehung der Zinsenansprüche gegenstandslos geworden, für die die Hypothek nach § 1115 Abs. 1 und § 1118 BGB. haftet, es übersieht, daß nach den angeführten Vorschriften des ZVG. die Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen nur wegen der laufenden und der aus den letzten zwei Jahren rückständigen Beträge den Rang des Rechtes teilen, auf dem sie beruhen. Aus dem Wesen der für Ansprüche auf Nebenleistungen bestellten Höchstbetragshypothek des bisherigen Rechts läßt sich daher kein Grund entnehmen, die Anwendung des Art. 192 Abs. 1 Satz 2 des EG. z. BGB. auf sie auszuschließen (Kober, Blätter f. Rechtsanwendung Bd. 70 S. 285 e.). Für die in eine Sicherungshypothek des neuen Rechtes umgewandelte Höchstbetragshypothek gelten die Vorschriften des BGB. über die Eigentümerhypothek. Der § 1178 BGB. findet auf eine besondere Hypothek, die für die dort bezeichneten Nebenleistungen bestellt ist, keine Anwendung (Mot. z. Entw. I d. BGB. Bd. 3 S. 376). Die Umwandlung der Hypotheken des bisherigen Rechtes in solche des neuen Rechtes ließ sich nicht ohne Eingriffe in die bestehenden Rechtsverhältnisse vollziehen, die Gesetzgebung hat sich aber durch diese Erwägung nicht abhalten lassen, sie vorzuschreiben (Mot. z. Entw. I d. EG. S. 274). Die Gläubiger der einer Höchstbetragshypothek für Zinsen und andere Nebenleistungen nachstehenden Hypotheken mochten ebenso mit ziemlicher Sicherheit darauf rechnen, daß der vorgehende Gläubiger es nicht werde dazu kommen lassen, daß die geschuldeten Nebenleistungen den vollen Betrag seiner Hypothek erreichen, wie die Gläubiger der Hypotheken, die den Rang hinter einer als Diensteskaution bestellten Hypothek haben, das begründete Vertrauen hegen mochten, daß den Höchstbetrag der Kautionshypothek erreichende Haftungen aus dem Dienstverhältnisse nicht entstehen werden, und die einen wie die anderen sehen sich nun in ihrer Erwartung dadurch getäuscht, daß nach § 1163 Abs. 1 BGB. eine Eigentümerhypothek mit dem vollen Betrag eintritt, daraus kann aber in dem einen Falle so wenig wie in dem anderen gefolgert werden, daß die Vorschriften des § 1163 Abs. 1 keine Anwendung finden. Ebenso belanglos ist es, daß bei der Bestellung der Höchstbetragshypothek die Vertragschließenden nicht an die Bedeutung gedacht haben, die die Anwendung der Vorschriften des BGB. ihr gibt. 2. Als Gegenstand der Pfändung ist in dem Pfändungsbeschlusse die an Stelle der Höchstbetragshypothek möglicherweise zur Entstehung kommende Eigentümerhypothek des Schuldners bezeichnet. Einen anderen Gegenstand konnte die Pfändung nicht haben, weil dem Schuldner ein besonderes Recht auf Erlangung der Hypothek, insbesondere ein darauf gerichtetes Forderungsrecht, nicht zustand. Der Erwerb der Hypothek durch den Eigentümer des belasteten Grundstücks tritt, wenn die Voraussetzungen des § 1163 Abs. 1 oder der §§ 1168, 1170, 1171 BGB. vorliegen, kraft des Gesetzes ein, es gehört zum Inhalte der Hypothek, daß das ihren Hauptbestandteil bildende Recht auf Zahlung einer Geldsumme aus dem Grundstücke, dem in der Hypothek die Bestimmung gegeben ist, zur Befriedigung des Gläubigers wegen einer ihm zustehenden Forderung zu dienen, unberührt bleibt, wenn diese Bestimmung nicht wirksam wird oder sich erledigt, und im ersteren Falle dem Eigentümer zusteht, im letzteren auf ihn übergeht. Von einer Mitwirkung des Gläubigers oder eines Dritten hängt der Erwerb der Eigentümerhypothek nicht ab, ein Forderungsrecht auf eine solche Mitwirkung ist nicht möglich. Was das Beschwerdegericht von einem persönlichen Rechte des Eigentümers darauf, daß die Hypothek ihm zufalle, sagt, ist unklar, es scheint das subjektiv-dingliche Recht mit dem dinglichen Rechte, das subjektiv-persönliche Recht mit dem Forderungsrecht und eine Verfügung über ein Forderungsrecht mit der Eingehung einer Verpflichtung zur Vornahme einer Verfügung verwechselt zu werden. Eine Verfügung über die dem Eigentümer künftig zufallende Hypothek ist nicht deswegen von vorneherein ausgeschlossen, weil die Hypothek dem Eigentümer noch nicht zusteht (RGE. in CS. Bd. 51 S. 116, Bd. 56 S. 14, Entsch. FG. Bd. II S. 198 [OLG. Jena], a. M. Planck-Strecker, Komm. z. BGB. Bd. 3 S. 587 Nr. 4 b, Oberneck, Reichsgrundbuchr. Bd. 1 S. 848). Das BGB. steht in dieser Frage auf demselben Standpunkte wie das gemeine Recht (Windscheid-Kipp, Pand. [8. Aufl.] Bd. II § 335 Nr. 12). Da es im § 185 Abs. 2 die Verfügung eines Nichtberechtigten wirksam werden läßt, wenn der Verfügende den Gegenstand der Verfügung erwirbt, kann es auch der Verfügung des künftig Berechtigten die Wirksamkeit für die Zeit, zu der der Verfügende das Recht erlangt, nicht grundsätzlich versagen (vgl. RGE. in CS. Bd. 55 S. 334, DJZ. Bd. IX S. 744 Nr. 64). Eine Vorausver-

[1]) Ueber die Entscheidung des Reichsgerichts wird seinerzeit berichtet werden.

fügung über ein künftiges Recht kann aber dadurch ausgeschlossen sein, daß vor der Erlangung des Rechtes einem Erfordernisse der Verfügungshandlung nicht genügt werden kann. In dieser Beziehung kommt bei Hypotheken, für die die Erteilung des Briefes ausgeschlossen ist, die Notwendigkeit der Eintragung ins Grundbuch in Betracht. Für rechtsgeschäftliche Verfügungen über die Eigentümerhypothek kann es nach § 873 BGB. keinem Zweifel unterliegen, daß die Eintragung erforderlich ist. Ob für die Pfändung nach § 857 Abs. 6 CPO. das gleiche gilt, ist bestritten, die Frage wird vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung bejaht (vgl. RGE. in CS. Bd. 55 S. 378, Bd. 56 S. 13, 185, Bd. 59 S. 313, ebenso Rsp. d. OLG. Bd. VI S. 134, 401, Bd. VII S. 315, Planck, Komm. z. BGB. Note 5 zu § 1177 S. 588, Willenbücher, Liegenschaftsr. S. 212 Nr. 9, Biermann, Sachenr. S. 373 Ziff. 7, Seuffert, Komm. z. CPO. [9. Aufl.] S. 537, Nr. 5 b zu § 857, dagegen Gaupp, Komm. z. CPO. [7. Aufl.] § 857 II 6, Petersen-Anger, Komm. z. CPO. [4. Aufl.] § 830 Nr. 1, § 857 Nr. 5c, Neukamp, CPO. § 830 Nr. 2a, Oberneck, Reichsgrundbuchr. Bd. I S. 847, Turnau-Förster, Liegenschaftsr. [2. Aufl.] Bd. I S. 750). Der Senat schließt sich der Ansicht des Reichsgerichts an, die nicht nur den Wortlaut und die Entstehungsgeschichte der Vorschrift sondern auch die Erwägung für sich hat, daß die Eigentümerhypothek, mag man sie auch als eine besondere Gestaltung des Eigentums im Verhältnisse zu Belastungen des Grundstücks ansehen, durch das BGB. die Gestalt eines selbständigen, neben dem Eigentum stehenden Rechtes bekommen hat, das für den Verkehr wie eine Grundschuld behandelt wird. Ist die Eintragung erforderlich, so entsteht die Frage, ob die Vorschrift des § 40 GBO. ein Hindernis für die rechtsgeschäftliche Verfügung über die künftige Eigentümerhypothek und für die Pfändung bildet. Die Frage wird verneint von Turnau-Förster, Liegenschaftsr. 2. Aufl. Bd. I S. 748 Nr. 5, S. 751 Nr. 11, Bd. II S. 266 Nr. 10, Willenbücher, Liegenschaftsr. S. 212 Ziff. 9, Neumann, Handausg. d. BGB. 3. Aufl. § 1163 Nr. 4, Fuchs, Grundbuchr. S. 404 Nr. 7, bejaht von Staudinger-Kober Bd. III (2. Aufl.) S. 470 γ, Planck § 1177 S. 587 Nr. 4a, Achilles-Strecker, Grundbuchordg. S. 270 Nr. 2 zu § 40, Dronke, Central-Bl. Bd. I S. 963, Hoffmann das. Bd. II S. 637, Biermann, Sachenr. (2. Aufl.) S. 374 Nr. 7, S. 310 Nr. 2, Enneccerus-Lehmann, Bürgerl. Recht Bd. II § 91 Nr. 3 S. 266, § 100 S. 292 Nr. 2. Der Senat entscheidet sich auf Grund der oben dargelegten Auffassung des Inhalts der Hypothek für die erstere Ansicht. Da die Hypothek vermöge ihres Inhalts von vorneherein die Bestimmung hat, Eigentümerhypothek zu werden, so steht bei ihr hinter dem Gläubiger als zweiter Berechtigter der Eigentümer, ohne dessen Zustimmung sie deshalb nach § 27 Abs. 1 GBO. nicht gelöscht werden darf. Demgemäß ist die Eintragung der Hypothek als Eintragung eines Rechtes mit zwei Berechtigten, einem gegenwärtigen, dem Gläubiger, und einem künftigen, dem Eigentümer, zu verstehen. Der gegenwärtige Berechtigte wird in der Eintragung angegeben, in Ansehung des künftigen verweist die Eintragung auf die Eintragung des Eigentümers, durch die sie insoweit ergänzt wird. Damit ist der Vorschrift des § 40 GBO. Genüge geleistet (vgl. den Beschluß des Kammerger. vom 11. Juli 1900, Entsch. FG. Bd. 1 S. 125). Darin liegt auch der wesentliche Unterschied zwischen dem Eintritte der Eigentümerhypothek und dem Erwerbe der Hypothek durch den ersatzberechtigten persönlichen Schuldner (§ 1164) oder Eigentümer eines der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke (§ 1173 Abs. 2). Das Recht des Eigentümers ergibt sich aus dem Inhalte der Hypothek, das der Ersatzberechtigten hängt von dem Eintritte besonderer Umstände ab. Der dargelegten Ansicht steht der Umstand nicht entgegen, daß der gegenwärtige Eigentümer die Hypothek nicht erwirbt, wenn er zu der Zeit, zu welcher sie Eigentümerhypothek wird, nicht mehr der Eigentümer ist (Eccius, Beitr. z. Erläut. d. Deutsch. Rechtes Bd. 48 S. 438, Oberneck, Reichsgrundbuchr. Bd. I S. 848). Die Pfändung, die seine künftige Eigentümerhypothek zum Gegenstande hat, erweist sich in diesem Falle als gegenstandslos, aber solang er der Eigentümer ist, ist er der künftige Berechtigte, dem die Hypothek zuzufallen bestimmt ist, und es kann deshalb für den Fall, daß sie ihm zufällt, eine der Eintragung bedürfende Verfügung über sie getroffen werden. Im vorliegenden Falle ist es leicht möglich, daß die Sicherungshypothek zum vollen Betrage dem Wechselschuldner, gegen den die Pfändung verfügt wurde, zusteht, weil Ansprüche, für die sie bestellt ist, nicht bestehen. Kommen solche Ansprüche zur Entstehung, so geht die Hypothek insoweit auf den Gläubiger über, ohne daß die Pfändung dies zu hindern vermag; werden die entstandenen Ansprüche getilgt, so wird die Hypothek wieder Eigentümerhypothek, mit der Entstehung neuer Ansprüche fällt sie wieder an den Gläubiger und so fort. Ein festes Recht erlangt der Schuldner und mit ihm der pfändende Gläubiger erst, wenn das Recht des Hypothekengläubigers beendigt ist. Veräußert der Schuldner das Grundstück zu einer Zeit, zu der die Hypothek mindestens teilweise frei ist, so verbleibt sie ihm, soweit sie zu dieser Zeit frei ist und auch in der Folge bis zur Beendigung des Rechtes des Hypothekengläubigers frei bleibt. Aus den dargelegten Gründen würde der Senat, im wesentlichen in Uebereinstimmung mit dem Beschlusse des Oberlandesgerichts Jena vom 31. Juli 1901 (Entsch. FG. Bd. 2 S. 198), unter Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen das Grundbuchamt zu anderweitiger Verfügung anweisen und die Kosten gemäß Art. 131 Abs. 1 des AG. z BGB. dem Antragsteller auferlegen, wenn er sich nicht durch den in der Entscheidung des Beschwerdegerichtes angeführten Beschluß des Kammergerichts vom 16. Februar 1905 (Rspr. d. OLG. Bd. X S. 388) hieran gehindert und genötigt sähe, die weitere Beschwerde gemäß § 28 GFG. dem Reichsgerichte vorzulegen. (Beschl. I C.-S. Reg. III 34/1905 vom 23. Juni 1905.)

Mitgeteilt von E. Ablagger, Rat am Obersten Landesgerichte.

## II.

**Wenn eine zum Gesamtgut einer ehelichen Gütergemeinschaft gehörende Sache Vorbehaltsgut des einen Ehegatten werden soll, sind zwei Verträge erforderlich, ein Eigentumsübertragungsvertrag und ein Ehevertrag. Diese können jedoch verbunden werden. Zur Annahme der Verbindung genügt es bei Wahrung der für beide Verträge vorgeschriebenen Form, daß der erklärte Wille der Ehegatten auf die Aenderung im Eigentum und in dem güterrechtlichen Verhältnisse gerichtet ist. §§ 1432, 1434 BGB., Art. 14 Not.G.** Die Eheleute M. und E. B. in Nürnberg, deren güterrechtliches Verhältnis die aus der Gütergemeinschaft des Nürnberger Rechtes übergeleitete allgemeine Gütergemeinschaft ist, haben in einem notariell beurkundeten „Ehevertrage" vom 14. November 1900 vereinbart, daß mehrere zum Gesamtgute gehörende Grundstücke „fortan Vorbehaltsgut des Ehemannes M. B. sein und aus dem Gesamtgute ausscheiden" sollen; M. B. übernahm die alleinige persönliche Haftung für die Forderungen, für die die Grundstücke mit Hypotheken belastet waren. Die Urkunde enthält am Schlusse die Erklärung der Eheleute B., daß sie von der Umschreibung in den öffentlichen Büchern vorläufig absehen wollen. In notarieller Urkunde vom 17. Februar 1905 beantragte M. B., die Grundstücke nunmehr auf ihn umzuschreiben. Das Amtsgericht Nürnberg, Hypothekenamt, lehnte die beantragte Eintragung ab. Die Beschwerde des M. B. wurde vom Landgericht Nürnberg zurückgewiesen. In den Entscheidungsgründen wird ausgeführt, ein zum

Gesamtgute gehörendes Vermögensstück, das Vorbehaltsgut des einen Ehegatten werden soll, müsse erst diesem übereignet werden, die Uebereignung müsse gleichzeitig mit der Erklärung zum Vorbehaltsgute geschehen, sei aber nicht in dieser enthalten, vielmehr müsse neben dem Ehevertrage, der das güterrechtliche Verhältnis des Vermögensstücks bestimmt, ein Uebereignungsvertrag geschlossen werden. Der Vertrag vom 14. November 1900 sei ein „reiner Ehevertrag", die Eheleute B. seien, wie der beurkundende Notar, von der irrigen Anschauung ausgegangen, daß eine zum Gesamtgute gehörende Sache durch Ehevertrag ohne besondere Uebereignung Vorbehaltsgut eines Ehegatten werden könne, sie hätten eine besondere Uebereignung nicht für nötig gehalten und deshalb nicht betätigt. Dies sei daraus zu entnehmen, daß der Notar den Vertrag nur als Ehevertrag bezeichnet und seine Gebühr nur nach Art. 25 der Not.Geb.O. berechnet, eine für die Staatskasse zu erhebende Gebühr aber nicht angesetzt und die Vertragschließenden nicht zu der Angabe des Wertes der Grundstücke angehalten habe, obwohl die im Art. 31 des Uebergangsgesetzes vom 9. Juni 1899 bestimmte Gebührenfreiheit des Ehevertrags sich nicht auf die Eigentumsübertragung erstreckt habe. Der von M. B. eingelegten weiteren Beschwerde wurde stattgegeben.

Gründe: Die Vorinstanzen haben allerdings mit Recht angenommen, daß, wenn eine zum Gesamtgut einer ehelichen Gütergemeinschaft gehörende Sache Vorbehaltsgut des einen Ehegatten werden soll, zwei Verträge erforderlich sind, ein Eigentumsübertragungsvertrag und ein Ehevertrag. Der Ehevertrag kann nach § 1432 BGB. nur die Regelung der güterrechtlichen Verhältnisse, das Verhältnis des beiderseitigen Vermögens zu den Zwecken der Ehe, zum Gegenstande haben, aber nicht Gegenstände aus dem Vermögen des einen Ehegatten oder aus dem Gesamtgut in das Vermögen des anderen Ehegatten übertragen, eine solche Rechtsänderung ist nicht ein güterrechtliches Verhältnis im Sinne des § 1432, sondern kann nur nach den für sie geltenden allgemeinen Vorschriften erfolgen (Planck, BGB. 3. Aufl. Erl. 3 zu § 1440). Die beiden Verträge stehen für die juristische Betrachtung selbständig nebeneinander. Daraus folgt aber nicht, daß die vertragschließenden Ehegatten sich der Notwendigkeit einer „besonderen" Eigentumsübertragung neben dem Ehevertrage bewußt sein und die Einigung über den Eigentumsübergang zu besonderem Ausdrucke bringen müssen. Eine besondere Eigentumsübertragung ist freilich erforderlich, wenn für die Eigentumsübertragung eine Form vorgeschrieben ist, der die im § 1434 BGB. bestimmte Form des Ehevertrages nicht Genüge leistet, aber wenn die Einigung über den Uebergang des Eigentums in derselben Form zustande kommen kann wie der Ehevertrag, so kommt es nur darauf an, daß der in dem Vertrag erklärte Wille der Ehegatten auf die Aenderung im Eigentum und in dem güterrechtlichen Verhältnisse gerichtet ist, gleichviel, ob und welche Vorstellung sie von dem rechtlichen Vorgange haben, der sich mit ihrer Willenserklärung vollzieht, ob sie den Inhalt ihrer Vereinbarung als einen einheitlichen Vertrag ansehen oder wissen, daß die Vereinbarung aus zwei Verträgen besteht. Im vorliegenden Falle war nach den in Gemäßheit des Art. 189 Abs. 1 EG. z. BGB. maßgebenden Vorschriften des bisherigen Rechtes für die Einigung über den Uebergang des Eigentums die im Art. 14 des Not.G. von 1861 bestimmte Form erforderlich, die mit der im § 1434 BGB. für den Ehevertrag vorgeschriebenen Form übereinstimmt, es bestand also kein Hindernis, die beiden Verträge zu verbinden, und dies haben die Eheleute B. getan, indem sie vereinbarten, daß die Grundstücke aus dem Gesamteigentum ausscheiden und Vorbehaltsgut des Ehemannes sein sollen. Es sollte eine Rechtsänderung nach zwei Richtungen eintreten, in Ansehung des Eigentums, das nicht mehr zum Gesamtgute gehören, sondern dem Ehemanne zustehen sollte, und in Ansehung des güterrechtlichen Verhältnisses, indem die Grundstücke aus Bestandteilen des Gesamtguts zu Vorbehaltsgut werden sollten. Die Rechtsänderung sollte mit der Vertragschließung zustande kommen und dies war nur möglich, wenn die beiden Verträge gleichzeitig geschlossen wurden; die Grundstücke konnten nur Vorbehaltsgut werden, wenn sie aus dem Gesamtgut in das Alleineigentum eines Ehegatten übergingen, und sie konnten in das Alleineigentum des Mannes nur übergehen, wenn sie dessen Vorbehaltsgut wurden. Einer Uebergabe der Grundstücke bedurfte es nicht, da der Ehemann als Verwalter des Gesamtguts sich schon im Besitze befand; er setzte den Besitz auf Grund des Vertrags als Alleineigentümer fort (PLR. I 7 § 70). Die Umstände, die das Beschwerdegericht hervorgehoben hat, sind nebensächlicher Art und gegenüber dem dargelegten Inhalte des Vertrages ohne Bedeutung. Die den Antrag auf Umschreibung der Grundstücke zurückweisenden Entscheidungen der Vorinstanzen sind deshalb aufzuheben; das Amtsgericht Nürnberg, Hypothekenamt, hat auf den Antrag des M. B. anderweit zu verfügen. (Beschl. I. C.=S. Reg. III 28/1905 vom 12. Mai 1905.)

Mitgeteilt von E. Yblagger, Rat am Obersten Landesgerichte.

## B. Strafsachen.

**Verhältnis des Vereinszollgesetzes (§ 134) zum Süßstoffgesetze (§ 7 1).** Dagegen ist die Frage, ob die festgestellte Einführungstätigkeit des J. P. noch ein weiteres Strafgesetz, nämlich den § 7 I mit § 2 b des Süßstoffgesetzes verletzte, und ob daher von der Vorinstanz mit Recht ideelle Konkurrenz beider Reate angenommen wurde, zu verneinen. Die Fassung der §§ 2 u. 7 des Süßstoffgesetzes ist von der des Gesetzentwurfes wesentlich verschieden. Der ursprüngliche Entwurf enthielt ein Verbot der Einführung von Süßstoff oder süßstoffhaltigen Nahrungs- oder Genußmitteln aus dem Auslande überhaupt nicht. Die schließliche Fassung beruht auf den Beschlüssen der 20. Kommission (vgl. zit. Anl. Bd. 2 S. 1678 ff., Anl. Bd. 6 S. 4253 Verh. 1900/909). Aus der Entstehungsgeschichte sind besondere Auslegungsbehelfe nicht zu entnehmen, es bedarf auch solcher nicht, da der Wortlaut des Gesetzes genügend klar erscheint. § 7 1 setzt für die Zuwiderhandlungen gegen das in § 2 enthaltene dreifache Verbot eine bestimmte Strafe fest, „soweit nicht die Bestimmungen des Vereinszollgesetzes Platz greifen." Letztere können überhaupt nur in Betracht kommen für die Zuwiderhandlung gegen das in § 2 b enthaltene Einfuhrverbot. § 7 1 normiert hienach den Tatbestand einer strafbaren Zuwiderhandlung gegen § 2 b nur für den Fall, daß diese Zuwiderhandlung nicht schon unter die Strafvorschriften des Vereinszollgesetzes fällt. Bildet die Zuwiderhandlung gegen das Verbot des § 2 b ein nach dem Vereinszollgesetze strafbares Delikt, so sieht das Süßstoffgesetz eine eigene Strafdrohung überhaupt nicht vor. Hieraus folgt notwendig, daß die unter § 134 des Vereinszollgesetzes fallende verbotswidrige Einführung von Saccharin aus dem Auslande die Strafvorschrift des § 7 1 des Süßstoffgesetzes nicht verletzen kann, und daß daher die von der Vorinstanz angenommene rechtliche Konkurrenz zwischen dem Vergehen der Konterbande und einem Vergehen nach § 7 1 mit § 2 b des Süßstoffgesetzes wegzufallen hat[1] (Urt. v. 18. Mai 1905). — — s —

## Oberlandesgericht München.

**Beschädigung eines Pferdes durch den Starkstrom der elektrischen Straßenbahn als Betriebsunfall nach Art. 58 AG. z. BGB.** Als der Kutscher H. am 4. De-

[1] Vgl. hiezu die Abhandlung in Nr. 7 dieser Zeitschrift S. 170 ff.



zember 1903 morgens gegen 1/2 2 Uhr mit seiner Droschke die Bahnunterführung der L.-Straße zu M. passierte, verwickelte sich das Pferd in einen abgerissenen Draht des Staatstelegraphen, der über den Fahrdraht der dortigen elektrischen Straßenbahn herabhing, wurde vom Starkstrom der Trambahn niedergeschlagen und beschädigt. H. klagte gegen die M.er Trambahnaktiengesellschaft und den bayerischen Fiskus auf Schadensersatz mit der Begründung, die Vorrichtungen gegen Berühren der Starkstromleitung seien ungenügend gewesen und erst nachher ein Schutznetz angebracht worden; auch seien die Telegraphendrähte mangelhaft hergestellt oder unterhalten worden. Jedenfalls kämen die §§ 836, 837, 823 BGB. zur Anwendung. Die Trambahngesellschaft wendete ein, daß von ihrer Anlage sich nichts „abgelöst" habe und die Schutzvorrichtung technisch nicht besser als geschehen, nämlich durch Auflegung von Holzleisten habe angebracht werden können. Die untere Seite des Fahrdrahts müsse für den Betrieb freigehalten werden; gerade dahin aber habe das Pferd den abgerissenen Telegraphendraht gezerrt. Der Fiskus bestritt, daß die Telegraphenleitung fehlerhaft hergestellt oder mangelhaft unterhalten worden; die Ursache des Bruchs sei plötzlicher Rauhfrost gewesen, gegen den die Technik machtlos sei. Der Fiskus sei auch nicht zur Beseitigung der Gefahren einer fremden Starkstromanlage verpflichtet, sondern die Trambahn. Das Landgericht erklärte durch Teilzwischenurteil die Klage der Trambahn-AG. gegenüber dem Grund nach für gerechtfertigt, weil Art. 58 AG. z. BGB. auf den unbestrittenen Tatbestand zutreffe. Die Berufung wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Zur Entscheidung steht einzig die Frage, ob der Schaden, für den Kläger die Trambahn-AG. mitverantwortlich macht, beim Betrieb dieser Eisenbahn erfolgt ist. Der Kläger hat ohne Widerspruch hervorgehoben, daß bei der M.er Trambahn gleichzeitig das ganze Leitungsnetz eingeschaltet wird und die Elektrizität abweichend vom Dampfbetrieb an jeder Stelle des Leitungsdrahts wirkt, nicht etwa bloß, wo sich ein Wagen bewegt. Unbestritten ist ferner, daß die Starkstromleitung, mit welcher der abgerissene Telegraphendraht in Berührung kam, zur Fortbewegung der Wagen auf dem Trambahngeleise diente und daß sie zur Zeit des Unfalles von der Stromerzeugungsstelle aus noch mit Elektrizität geladen war. Von diesen Verhältnissen ist auszugehen. Eisenbahnbetrieb im Sinne des § 1 Haftpfl.G. ist nicht bloß die Fortbewegung der Wagen selbst; es gehören dazu auch alle Vorkehrungen zur unmittelbaren Vorbereitung oder zur Fortsetzung und Abwicklung des Betriebs, soweit auch mit ihnen die dem Eisenbahnbetrieb eigentümliche Gefährlichkeit verbunden ist. Die Einführung des Stroms in die Drähte ist eine Maßnahme, die zum Zwecke der Bewegung der Wägen vorgenommen wird; sie gehört sonach unmittelbar zum Betrieb (RGE. in CS. 56, 265). Dadurch, daß zur Zeit des Unfalls der Wagenverkehr auf der betreffenden Strecke ruhte, war nicht auch der Betrieb der elektrischen Eisenbahn eingestellt, denn die Spannung durch vorausgehende Stromzuführung bestand fort; sie erstreckte sich auf das ganze Netz und infolge dessen konnte der Wagenverkehr jeden Augenblick wieder aufgenommen werden. Wenn Beschädigung durch Zerspringen einer zum Zweck der Beförderung geheizten Lokomotive, auch wenn diese ihren Dienst noch nicht begonnen hat, als Betriebsunfall im Sinne des § 1 des Haftpfl.G. bzw. des Art. 58 AG. z. BGB. sich darstellt, so ist es auch mit der als Beförderungsmittel aufgespeicherten elektrischen Kraft der Fall. Ob die Anbringung der Masten und Leitungsdrähte eine Anlage im Sinne des Art. 59 AG. sei, kann unerörtert bleiben; denn die Speisung der Drähte durch elektrische Kraft ist nicht eine Anlage, sondern eine unmittelbar auf den Betrieb gerichtete Handlung. Hier besteht die Eigentümlichkeit, daß der Schaden nicht unmittelbar durch Herabfallen und Berührung des Kraftleitungsdrahtes hervorgerufen, sondern daß der Strom durch einen die Kraftleitung berührenden Telegraphendraht abgeleitet und so dem Körper des Pferdes zugeführt wurde. Dadurch ist aber die Verursachung durch den elektrischen Betrieb der Trambahn nicht beseitigt. Das Herabfallen des Drahtes war nur das auslösende Moment; Ursache war und blieb die dem Betrieb eigentümliche Gefahr der Kraftzufuhr und Kraftübertragung. Diese ist eine dem Betrieb naturgemäß innewohnende, für die der Unternehmer unter allen Umständen haftet, ohne Rücksicht darauf, ob im gegebenen Falle der Schaden abwendbar war oder nicht. Uebrigens ist die beklagte Partei mit der Einrede, daß der Unfall durch höhere Gewalt verursacht worden sei, nicht hervorgetreten. (Urt. v. 9. Juni 1905, L 190/05.) N.

## Oberlandesgericht Bamberg.

### I.

**Bei der Klage auf Wiederherstellung des ehelichen Lebens muß der klagende Teil die ernstliche Absicht haben, die eheliche Gemeinschaft fortzusetzen. Geistige oder körperliche Krankheit kann die Verweigerung der ehelichen Folge rechtfertigen.** (§§ 1353, 1354 BGB.) Ein Beamter verlegte infolge Beförderung den Wohnsitz von D. nach N. Seine Frau weigerte sich zu folgen. Er stellte Klage auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft. Die Beklagte gab als Gründe ihrer Weigerung an, Kläger habe nicht die ernstliche Absicht, das eheliche Leben herzustellen; übrigens könne sie wegen Nervenkrankheit die Reise an den neuen Wohnort ohne Gefahr für ihre Gesundheit nicht machen.

Aus den Gründen des Berufungsurteils: „a) Ernstliche Absicht der Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft. Der Gatte, der die Herstellung der Gemeinschaft fordert, muß den ernstlichen Willen haben, die Gemeinschaft herzustellen und alles hiezu Erforderliche zu tun. Ist es ihm zwar mit diesem Verlangen ernst, hat er aber nicht die Absicht, das eheliche Zusammenleben, wie es dem sittlichen Wesen der Ehe entspricht, wirklich fortzusetzen, will er die Rückkehr des anderen Gatten nur aus egoistischen Gründen, z. B. wegen einer dem anderen Gatten in Aussicht stehenden Erbschaft, so liegt Rechtsmißbrauch vor (Planck, Komm. z. BGB., 3. Aufl., § 1353 Ziff. 3; Staudinger, Komm. z. BGB., 2. Aufl., § 1353 Ziff. 2 a $\gamma$; Jur. Wschr. 1901 S. 293, 1902 S. 272; D. Jur.Z. 1902 S. 311; Rechtspr. d. OLG. Bd. 1 S. 12, 493, Bd. 3 S. 31, Bd. 4 S. 83). Es kann aber von dem die Herstellung begehrenden Gatten der Nachweis der Ernstlichkeit nicht gefordert werden, sondern es ist Sache des Beklagten, die Einrede, der Kläger habe die ernstliche Absicht nicht, nachzuweisen (Staudinger a. a. O.). Hier macht die Beklagte geltend, der Kläger habe nicht die ernstliche Absicht, nach ihrer Rückkehr das eheliche Verhältnis fortzusetzen; das Motiv seines Verlangens sei vielmehr in ihrem künftigen Vermögen zu suchen. Dieses Vorbringen ist nicht begründet. Daß der Kläger ernstlich die Rückkehr fordert, ist nicht bestritten; es ist auch bewiesen, daß sich der Kläger vielfach erfolglos bemüht hat, seine Frau zu bewegen, zu ihm zu kommen; daß er dies nur wegen des seiner Frau in Aussicht stehenden elterlichen Vermögens getan habe, wurde nicht bewiesen. Es ist also nicht zu bezweifeln, daß der Kläger den ernsten Willen hat, daß die Beklagte zu ihm zurückkehre. Steht dies fest, so ist bis zum Beweise des Gegenteils anzunehmen, daß er ernstlich beabsichtigt, mit ihr die Gemeinschaft in einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Weise fortzusetzen. Der Beweis des Gegenteils ist nicht gelungen. Er wurde nur durch Hinweis auf Handlungen

des Klägers aus der Zeit vor der Trennung geführt; es wurde geltend gemacht, weil sich der Kläger früher ehewidrig benommen, werde er in Zukunft das gleiche tun, dieser Schluß ist aber nicht gerechtfertigt; denn wenn auch ein Gatte einmal die Pflichten der Ehe verletzte, so muß doch die Möglichkeit einer Sinnesänderung im Auge behalten werden. Ist eine solche bewiesen und bietet sie Gewähr für künftiges pflichtmäßiges Verhalten des Gatten, so kann er die Wiederherstellung der Gemeinschaft verlangen (Planck a. a. O. § 1353 Ziff. 2; Rechtspr. d. OLG. Bd. 2 S. 329; Jur. Wschr. 1902 Beil. S. 273). (Folgt sodann tatsächliche Ausführung über die Sinnesänderung des Klägers.) Durch den Eintritt der Willensänderung und durch die Tatsache, daß die Beklagte hievon Kenntnis erhalten hat, war die Sachlage so geändert, daß das Verlangen des Klägers nicht mehr als Rechtsmißbrauch bezeichnet werden kann. Wie die Kenntnis von der Willensänderung vermittelt wird, ist gleichgültig; es genügt auch die durch prozessuale Akte, wie hier durch die Klagestellung, bewirkte Kenntnis (Jur. Wschr. 1902 Beil. S. 273). Die Beklagte muß der ihr kundgegebenen Willensänderung Rechnung tragen.

b) Verhinderung der Rückkehr der Beklagten durch Krankheit. Der Erstrichter hat den Einwand der Beklagten, sie sei wegen Nervenkrankheit außerstande, die Reise nach N. zu machen, mit der Bemerkung zurückgewiesen, das BGB. kenne den Fall der Krankheit nicht als Grund, sich dem Verlangen eines Gatten nach Herstellung der ehelichen Gemeinschaft zu widersetzen. Diese Ansicht ist irrig. Die §§ 1353, 1354 BGB. stellen einen allgemeinen Grundsatz auf; wie im Obligationenrecht Treu und Glauben, soll im Eherecht das sittliche Wesen der Ehe für die Auslegung des Gesetzes und die Beurteilung aller Rechtsverhältnisse maßgebend sein (Motive Bd. IV S. 104 ff.). Nach § 1354 ist die Frau zur ehelichen Folge nicht verpflichtet, wenn sich das Verlangen des Mannes als ein mit der ehelichen Gesinnung nicht vereinbarlicher Mißbrauch darstellt. In der Reichstagskommission war beantragt worden, als Abs. 3 beizufügen: „Als Mißbrauch ist insbesondere anzusehen, wenn eine ernstliche Gefahr für ihr Wohl, insbesondere für ihr Leben oder ihre Gesundheit . . . . . eine Weigerung rechtfertigt"; der Antrag wurde abgelehnt, aber nicht, weil unter den erwähnten Umständen das Verlangen des Ehemanns keinen Mißbrauch darstelle, sondern weil die Einführung einzelner Anwendungen des Prinzips bedenklich sei (RT.-Komm. 221). Diese Einschränkung des ehemännlichen Rechtes gilt auch für die Wahl des Wohnorts (Staudinger a. a. O. § 1354 Ziff. 4; Planck a. a. O. § 1567 Ziff. 2 b γ; Neumann, Jahrb. Bd. 2 § 1353 Ziff. 2a, 1. Jahrgang). Es ist sonach einer Frau die eheliche Folge nicht zuzumuten, wenn ihr wegen Krankheit die Reise an den vom Mann gewählten Wohnort unmöglich ist. Hier steht durch die Gutachten der Sachverständigen fest, daß die Beklagte an Nervenkrankheit und Herzbeschwerden leidet und gegenwärtig unfähig ist, ohne Gefährdung ihrer Gesundheit nach N. zu reisen. Es ist also der Beklagten, solange dieser Zustand dauert, nicht zuzumuten, dem Kläger zu folgen, und es stellt sich zur Zeit dessen Verlangen als Mißbrauch seines Rechtes dar. Es ist daher die Klage abzuweisen. Selbstverständlich kann sie neu erhoben werden, sobald sich der Zustand der Beklagten soweit gebessert hat, daß sie die Reise ohne Gefahr für ihre Gesundheit machen kann. Der Kläger hätte auch mit der Klage begehren können, daß sich seine Frau zur Herstellung ihrer Gesundheit auf seine Kosten in eine Heilanstalt begebe; dieses Verlangen wäre berechtigt, da hiedurch die Möglichkeit ehelichen Zusammenlebens für die Zukunft geschaffen würde, und die Beklagte wäre verpflichtet, der bezüglichen Anordnung Folge zu leisten (RGE. Bd. 51 S. 182 ff.). Ein solcher Antrag ist aber nicht gestellt worden." (Urt. d. OLG. Bamberg v. 29. April 1905 [I. C.-S.] Ber.R. 268/03.)

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Schäfer in Bamberg.

II.

**Bierabnahme- und Darlehensvertrag zwischen Wirt und Bierbrauer: die Rückzahlung des Darlehens berechtigt den Wirt nicht ohne Weiteres, vor Ablauf des Sudjahres den Bierbezug einzustellen.** (Art. 13 d. Bayr. AG. z. BGB.) Ein Bierbrauer in B. hatte 1893 einem dortigen Wirte ein auf Verlangen rückzahlbares Darlehen gegeben. Ein schriftlicher Bierabnahmevertrag war nicht geschlossen, eine bestimmte Vertragsdauer nicht festgesetzt, doch war der Bierbezug von einem Sudjahre zum anderen schon vor 1900 fortgesetzt worden. Da der Brauer auf eine vom Wirte verlangte Preisermäßigung nicht einging, stellte letzterer am 4. April 1904 die Abnahme ein und zahlte am nächsten Tage das Darlehen, ohne daß es gekündigt war, zurück. Der Brauer klagte nun auf Ersatz des durch Beendigung des Bierbezugs vor Schluß des Sudjahres Ende September 1904 entstandenen Schadens. Beklagter machte geltend, das Darlehen sei eine Gegenleistung für die Bierabnahme gewesen; nach Heimzahlung des Kapitals könne der Bierbezug nicht verlangt werden; dies sei in B. bei allen derartigen Verträgen ortsüblich; wenn der Wirt trotz der Rückzahlung das Bier beziehen müßte, so käme er dadurch in eine Zwangslage, seine Freiheit wäre in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise beschränkt. Beide Instanzen erklärten den Anspruch des Brauers für berechtigt.

Aus den Gründen des Berufungsurteils: „Es wird behauptet, daß in B. bei allen zwischen Brauern und Wirten geschlossenen Darlehensverträgen stillschweigend als Bedingung gelte, daß nur, solange das Kapital bestehe, der Wirt zum Bierbezug verpflichtet sei und nach Zahlung des Kapitals sein Bier beziehen könne, woher er wolle. Zumeist werden in solchen Fällen die gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten vertragsmäßig festgelegt und dann ist der Vertrag maßgebend. Hat aber ein Brauer einem Wirte ein Darlehen gegeben, ohne daß über die Beziehungen zwischen dem Darlehen und dem Bierbezug Vereinbarungen getroffen wurden, so kommt es auf die Umstände des Falles an, ob nach Zurückzahlung die Abnahmepflicht erlischt. Eine so selbstverständliche Folge der Heimzahlung ist das Erlöschen nicht, daß ganz allgemein dies stillschweigend als Bedingung nach der Natur des Vertrags gelten könnte. Es muß deshalb das Vorbringen des Wirtes als Behauptung eines lokalen Gewohnheitsrechts aufgefaßt werden. Hier handelt es sich aber nicht darum, daß der Brauer den Wirt, der das Darlehen zurückgezahlt hat, nicht von der Verpflichtung zur Abnahme freigeben wollte, sondern darum, daß der Brauer eine Berechtigung des Wirts, mitten im Sudjahre auszutreten, nicht anerkennt. Hat ohne nähere Vereinbarungen der Brauer seinem Zapfenwirte ein Darlehen gegeben, so ist anzunehmen, daß der Wirt nach Zurückzahlung nicht für alle Zeiten gehalten sei, das Bier vom Darlehensgeber zu beziehen. Aber daß der Wirt, zumal wenn er aus freien Stücken zahlt, von diesem Tage an befreit sein sollte, kann als stillschweigende Bedingung eines solchen Vertrags nicht anerkannt werden. Ein Gewohnheitsrecht, welches den Wirt zum Rücktritt von der Abnahmeverpflichtung von Tag und Stunde der Zurückzahlung an, sei es auch mitten im Sudjahre, berechtigen würde, besteht in B. nicht. Selbst wenn in einzelnen Fällen der Brauer den Wirt im Laufe des Sudjahres von der Verpflichtung freigegeben haben sollte, konnte aus diesem Umstande, solange gemeines Recht galt, ein Gewohnheitsrecht nicht gefolgert werden. Vom 1. Januar 1900 an sind die rechtlichen Beziehungen zwischen Brauer und Wirt

durch die Artikel 13 u. 14 des AG. z. BGB. geregelt. Nach Art. 13 a. a. O. kann, wenn die Dauer des Verhältnisses nicht bestimmt ist, dieses von jedem Teile für den Schluß des Septembers gekündigt werden. Die Entstehung eines Gewohnheitsrechts seit 1. Januar 1900 ist ausgeschlossen. Vorher galten die Bestimmungen in Tit. II Art. 23—27 der VO. v. 25. Mai 1811, die künftige Regelung des Biersatzes usw. betr., u. die §§ 11, 12 des Ges. v. 23. Mai 1846 gleichen Betreffs. Nach diesen war den Wirten der Rücktritt von der Verpflichtung, das Bier aus einer Brauerei zu entnehmen, innerhalb des von Michaeli (29. September) bis Michaeli laufenden Sudjahrs untersagt ohne Rücksicht darauf, ob in sonstigen zwischen Wirt und Brauer bestehenden rechtlichen Beziehungen sich im Laufe des Sudjahres eine Veränderung, z. B. durch Heimzahlung eines Darlehens ergeben hatte. Für eine Aenderung dieser Bestimmungen durch Gewohnheitsrecht wäre erforderlich gewesen: die abweichende Uebung hätte gleichförmig sein und aus der Ueberzeugung ihrer rechtlichen Notwendigkeit hervorgehen müssen, sie hätte nicht vereinzelt sein und es hätten die Ausübungsakte nicht durch Akte einer entgegengesetzten Uebung aufgewogen werden dürfen; endlich hätte die Dauer der Uebung lang sein müssen, da in den gemeinrechtlichen Quellen longa, inveterata, diuturna, antiquitus probata et servata tenaciter consuetudo, longaevus usus verlangt wird. Eine solche, die gesetzlichen Regeln in entgegenstehendes Gewohnheitsrecht umbildende Rechtsübung hat in B. nie bestanden. Von einer unsittlichen Bindung des Beklagten kann nicht die Rede sein in einem Falle, in dem nur verlangt wird, das schon halb verflossene Sudjahr bis zur Beendigung auszuhalten." (Urt. d. OLG. Bamberg v. 11. April 1905 [II. C.-S.] Ber.R. 268/04.)

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Schäfer in Bamberg.

---

## Landgericht München I.

**Ueber das Verhältnis zwischen Nachlaßgericht und Grundbuchamt; § 36 GBO. und § 67 der Nachlaßordnung.** R., der im Jahr 1905 mit Hinterlassung einer Witwe und zweier großjähriger Kinder verstarb, war im Grundbuch für M. als Eigentümer eines Hauses vorgetragen. Er hatte mit seiner Frau am 22. Februar 1895 einen notariellen Erbvertrag abgeschlossen, wonach sie sich für den Fall des Ablebens des einen gemeinschaftlich mit den Kindern als Erben einsetzten und bestimmten, daß der ganze Nachlaß des zuerst Versterbenden sofort und kraft dieses Vertrages auf den Ueberlebenden mit der Auflage übergehen solle, den Kindern den ihnen gesetzlich gebührenden Pflichtteil in gesetzlicher Weise auszuweisen. Den zu Protokoll des Nachlaßgerichts gestellten und von diesem dem Grundbuchamt übermittelten Antrag der Erben auf Umschreibung des Anwesens nach Maßgabe des Erbvertrags und der sich hieraus ergebenden Erbteile auf die Witwe zu $^{5}/_{8}$ und die beiden Kinder zu $^{3}/_{8}$ lehnte das Grundbuchamt ab und verlangte die Vorlegung eines Erbscheines, da der Inhalt des Erbvertrags insbesondere die Möglichkeit offen lasse, daß die Witwe Alleinerbin sei oder daß die Mutter und die Kinder zu gleichen Anteilen Erben seien, letztere beschwert mit einem Vorausvermächtnis an die Witwe bezüglich alles dessen, was den Pflichtteil übersteige. Miterbe R. versicherte nun gemäß § 15 Abs. II FGG. eidesstattlich zu Protokoll des Nachlaßgerichts, daß eine andere letztwillige Verfügung als der Erbvertrag nicht vorhanden sei und wies urkundlich nach, daß andere Erben nicht vorhanden seien und ein Kind bereits im Jahre 1877 im ersten Jahre verstorben sei. Auf die Beschwerde dieses Miterben wurde am 15. Juni 1905 der Beschluß des Grundbuchamtes aufgehoben und dieses aus nachstehenden Gründen zum Vollzuge des Umschreibungsantrags angewiesen: „Nach § 36 GBO. kann für die gesetzliche Erbfolge der Nachweis der Erbfolge dem Grundbuchamt gegenüber nur durch einen Erbschein geführt werden. Liegt ein solcher vor, so hat das Grundbuchamt keine Nachprüfung der Erbfolge vorzunehmen. (Kammerger. Rechtsp. d. OLG. Bd. 5 S. 430.) Die Erbfolge auf Grund einer Verfügung von Todeswegen (Testament, Erbvertrag) kann gleichfalls durch den Erbschein nachgewiesen werden. Doch genügt an Stelle des Erbscheines die Vorlegung der Verfügung von Todeswegen und des Protokolles über die Eröffnung der Verfügung, wenn sie in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist. Den Inhalt der letztwilligen Verfügung hat das Grundbuchamt selbständig festzustellen. Nur in zweifelhaften Fällen, in denen die letztwillige Verfügung zu besonderen Schwierigkeiten Anlaß gibt, ist dem Grundbuchamt gestattet, noch einen Erbschein zu verlangen. Gegen ein solches Verlangen des Grundbuchamtes ist der Beschwerdeweg eröffnet. (Kammerger. a. a. O. Bd. 6 S. 15, 185; Bd. 7 S. 336; Bd. 9 S. 335; Oberneck, Bd. II S. 21 ff.; Willenbücher, S. 336.) An diesen reichsrechtlichen Grundsätzen konnte durch das bayer. Gesetz betr. das Nachlaßwesen vom 9. August 1902 nichts geändert werden. (Dr. Haberstumpf, Nachlaßgesetz S. 28; Dr. Schad, Nachlaßgesetz S. 44 ff. und die dortigen Zitate.) Die amtliche Erbenermittelung nach Art. 3 dieses Gesetzes tritt landesrechtlich zur Sicherung und Erleichterung des grundbücherlichen Verkehres hinzu. Sie bindet das Grundbuchamt insofern, als es über sie nicht hinauszugreifen braucht. Es ist dabei selbstverständlich, daß das Grundbuchamt keine in den Rahmen der nachlaßgerichtlichen Zuständigkeit fallenden Erhebungen vorzunehmen hat. Dagegen bleibt es dem Grundbuchamt reichsrechtlich unbenommen, den Inhalt der letztwilligen Verfügung selbständig festzustellen. Die Offizialtätigkeit des Nachlaßgerichts konnte landesrechtlich nicht soweit erstreckt werden, um von Amts wegen eine Berichtigung des Grundbuchs herbeizuführen. Der vom Nachlaßgericht gemäß § 67 der Nachlaßordnung in der Fassung vom 21. Februar 1905 (JMBl. S. 563) dem Grundbuchamt übermittelte Antrag der Erben auf Berichtigung des Grundbuches ist ein Parteienantrag, dem allerdings die amtliche Erbenermittlung zugrunde liegt, nicht aber ein Ersuchen einer Behörde im Sinne des § 39 GBO., das vom Grundbuchamt auf seine Grundlagen nicht nachzuprüfen ist. Diese grundsätzlichen Erwägungen vorangestellt, so enthält im gegebenen Falle der altrechtlich unter der Herrschaft des Bayer. Landrechts errichtete Erbvertrag vom 22. Februar 1895 rechtlich keine Unklarheit. Sein Wortlaut schließt die vom Grundbuchamt angedeuteten Annahmen aus. Der Erbvertrag enthält vielmehr eine Erbeinsetzung der Witwe und der Kinder mit einer Teilungsanordnung. (Beschl. d. Oberst. LG. v. 23. Juni 1904, Samml. Bd. 5 S. 306 ff.) Jedwedes tatsächliche Bedenken ist übrigens vom Nachlaßgericht durch die eidesstattliche Versicherung des Beschwerdeführers und die Urkundenvorlegung behoben worden. Diese Erklärung und die Urkunden bilden einen Bestandteil des nachlaßgerichtlichen Protokolls über die Eröffnung der Verfügung im Sinne des § 36 GBO. Bei dieser Sachlage hat das Grundbuchamt keine Veranlassung, den Ausnahmeweg zu betreten und die Vorlegung eines Erbscheines zu verlangen. Es hat vielmehr die Umschreibung auch ohne Erbschein zu vollziehen."

Mitgeteilt von Landgerichtsrat Karl Meyer in München.

---

## Literatur.

**Lunglmayr, Alfred,** Oberlandesgerichtsrat, Der juristische Vorbereitungsdienst in Bayern. I. Bd. Berlin 1905, Franz Vahlen. Brosch. Mk. 12.—, gebd. Mk. 15.—.

Das stets wachsende Maß der Anforderungen, die

der moderne Staat an seine Beamten zu stellen sich gezwungen sieht, läßt die Frage ihrer Vorbildung und Vorbereitung in gewissem Sinne als Lebensfrage für ihn erscheinen. Zahlreich und eingehend sind denn auch die Vorschriften, die hierüber ergangen sind. Daß hiebei der Vorbereitung der Juristen allenthalben ganz besonderes Augenmerk geschenkt wird, ist bei der Bedeutung, die der juristischen Vorbildung für den höheren Staatsdienst allerwärts zukommt, nicht befremdlich. Geist und Wesen dieser Vorschriften in ihrer praktischen Anwendung im Vorbereitungsdienste darzutun und zugleich den jungen Juristen wie den mit ihrer Unterweisung betrauten Beamten ein Lehr- und Hilfsbuch an die Hand zu geben, ist der Zweck der im vorbezeichneten Verlage erscheinenden Werke über den juristischen Vorbereitungsdienst in den größeren Bundesstaaten. Im Anschluß an das verdienstvolle Werk des Reichsgerichtsrates Daubenspeck: „Der juristische Vorbereitungsdienst in Preußen" unternimmt der Verfasser die Bearbeitung eines Leitfadens für unsere junge bayerische Juristenwelt. Zum Nachweise des Bedürfnisses für ein derartiges Werk braucht nicht auf den Einfluß und die praktische Bedeutung verwiesen zu werden, welche die wertvolle Arbeit Daubenspecks gewonnen hat: die alltägliche Erfahrung zeigt, daß dem Vorbereitungsdienste nicht allzu selten von den jungen Juristen nicht diejenige Beachtung geschenkt wird, die ihm tatsächlich zukommt. Nicht mit Unrecht betont der Verfasser, daß viele Rechtspraktikanten während des ganzen Vorbereitungsdienstes an den sie täglich und unmittelbar umgebenden Personen und Sachen völlig fremd vorübergehen und nicht selten eine eigentümlich berührende Unkenntnis dieser Dinge in die Zeit ihrer Amtstätigkeit herübertragen. Auch tritt für viele die rein praktische Tätigkeit hinter die routinenmäßige Vorbereitung für das 2. Examen allzusehr zurück. Hier kann und soll Wandel geschaffen werden. Der Verfasser unternimmt für seinen Teil, dies zu tun. In mustergültiger Form gibt er den künftigen Staatsdienstbewerbern Anweisung, wie sie von dem Vorbereitungsdienste Gebrauch machen sollen, begleitet sie in anregender Weise durch alle Sparten dieses Dienstes und unterweist sie eingehend über die mannigfachen Hilfsmittel der Praxis wie der Theorie. Es ist das Buch nicht nur eine treffliche Anleitung für die Vorbereitung zum zweiten Staatsexamen, sondern auch ein wertvolles Hilfsmittel für die praktische Tätigkeit der jungen Rechtsbeflissenen. Aber auch für die mit der Unterweisung und Ausbildung der Rechtspraktikanten betrauten Beamten bietet das Werk eine Fülle von Anregungen. Es ist geistvoll und mit warmem Herzen geschrieben und deshalb so recht geeignet, zu dieser allerdings meist viel Mühe und Arbeit erfordernden Tätigkeit ganz besonders anzuregen. Man möchte wünschen, daß das Buch in keiner Amtsbücherei fehlte. Dem Bande soll noch ein zweiter folgen. Amtsrichter Dr. Koch.

**Yblagger, Ludwig,** Rentamtmann in Eichstätt. Gesetz, die Fortsetzung der Grundentlastung betr. vom 2. Februar 1898 nebst den Novellen vom 12. Dezember 1899 und 10. August 1904. München 1905, J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). Gebd. Mk. 1.80.

Die Vorschriften des Grundentlastungsgesetzes sind wegen ihres schwer zu überblickenden Zusammenhangs mit älteren Gesetzen und der Sprödigkeit des Stoffes an sich nicht leicht verständlich. Für die Rechtsprechung sind insbesondere die strafrechtlichen Bestimmungen der Art. 19, 20 von Bedeutung, bei denen sich eine ziemlich reiche Kasuistik ergeben hat. Der Verfasser hat neben den Erläuterungen der rein finanzrechtlichen Vorschriften diesem Abschnitte besondere Aufmerksamkeit gewidmet und die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs und des Obersten Landesgerichts eingehend berücksichtigt, so daß das Büchlein auch vom Richter und Staatsanwalt mit Nutzen verwendet werden kann. In einem Anhange sind die wichtigsten Ministerialerlasse und Formulare zusammengestellt. von der Pfordten.

**Pagenstecher, Dr. M.,** Gerichtsassessor, Privatdozent an der Universität Würzburg, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft. gr. 8°. (VI, 497 S.) Berlin 1905 (Franz Vahlen). Brosch. Mk. 10.—.

Die Lehre von der materiellen Rechtskraft ist im Laufe der letzten Jahre Gegenstand der eingehendsten Untersuchung gewesen. Ich darf hier nur auf die Werke und Abhandlungen von Hellwig, Wach-Laband, Kohler, Fischer, Schwartz, Mendelssohn-Bartholdy u. a. verweisen. Pagenstecher folgt in seiner eingehenden systematischen Darstellung nicht den Spuren Hellwigs, sondern er vertritt die Ansicht, daß die Wirkungen des rechtskräftigen Urteils auf materiellrechtlichem Gebiete liegen. Er erklärt das Urteil für einen Feststellungsakt, dessen Wirkungen denjenigen eines Feststellungsvertrages zwischen den Parteien vergleichbar seien. Diese Feststellungsverträge, welche Rechtsgewißheit zwischen den Parteien über das Bestehen eines subjektiven Rechts schaffen wollen, sind kausale, nicht abstrakte Verträge. S. 94, 99 ff. Bei der Darlegung seiner Ansichten im einzelnen beschäftigt sich der Verfasser insbesondere mit der Theorie Hellwigs, erörtert auch die Frage nach den subjektiven Grenzen der Rechtskraft, widmet der absoluten Rechtskraft einen Abschnitt — S. 341 ff. — und führt im Laufe seiner Untersuchungen — S. 371 —, was den Praktiker besonders interessieren wird, auch aus, daß das Vollstreckungsrecht nicht ein publizistisches Forderungsrecht, sondern gleich dem Enteignungsrechte ein publizistisches Besitzrecht sei. Die Fragen aus dem Forderungsprätendenzstreit — S. 422 ff., S. 468 ff. — werden geprüft und einzelne Fragen des Hauptteils in einem besonderen Schluß-Kapitel — S. 431 ff. — unter dem Titel „Ergänzende Feststellungen" noch einer besonderen Untersuchung unterzogen. Das so wertvolle Buch, aus dessen reichem Inhalt ich hier nur einiges andeuten konnte, ist ebenso präzis wie klar und mit einer seltenen Beherrschung des ganzen einschlägigen Stoffs geschrieben. Auch der Praktiker, der in der Praxis seinen Weg rasch wählen muß, wird aus dem geistvollen Werke eine Summe von Belehrung und Anregung schöpfen können. Landgerichtsrat Karl Meyer.

**Roscher, Dr. G.,** Polizeidirektor in Hamburg, Handbuch der Daktyloskopie, für den Selbstunterricht bearbeitet, mit 4 Abbildungen und 1 Mustertafel. Leipzig 1905, C. L. Hirschfeld. Geh. 1 Mk. 20 Pfg.

Neben die Photographie und die Anthropometrie ist als wichtiges Erkennungsverfahren zur Ermittlung von Personen die Daktyloskopie getreten, die zwar an sich älter als die beiden anderen Arten, doch erst in neuerer Zeit wissenschaftlichen Ausbau und praktische Verwendung gefunden hat. Die Arbeit Roschers gibt in kurzer, aber präziser und leicht faßlicher Darstellung eine Schilderung des Verfahrens und seiner Verwertung im Erkennungsdienste (§§ 1—3), dann im Anschluß an die herrschende Lehre eine Beschreibung der 4 Muster (§§ 4—8), endlich die Art der Aufnahme der Muster und ein neues System der Registrierung, das neben leichterer Auffindbarkeit der Abdrucke den Vorteil größerer Sicherheit und Vollständigkeit für sich haben dürfte (§§ 9—12). 4 Abbildungen und eine Tafel mit daktyloskopischen Mustern erleichtern das Verständnis des Büchleins, das den Beamten, die mit dem Erkennungsdienste befaßt sind, von Wert sein wird. E. H.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, II. Staatsanwalt im K. Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

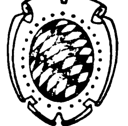
Nr. 17. München, den 1. September 1905. 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von Th. von der Pfordten K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München, Karlsplatz 29.

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).



Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum, Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.



## Streitfragen aus dem Bayerischen Hinterlegungsrechte.

Von Landgerichtsrat **Neumiller** in München.

### V. Wie sind die Urteile bezüglich der Sicherheitsanordnung zu fassen?

Vor 1900 pflegte in Bayern der Urteilssatz hinsichtlich der Sicherheit zumeist etwa wie folgt zu lauten:

„Dieses Urteil wird gegen klägerische Sicherheits-„leistung von zweitausend Mark in Bar, Deutschen „Staatspapieren oder Bayerischen Pfandbriefen, zu „hinterlegen beim Depositenbureau der Kgl. Filial-„bank hier, für vorläufig vollstreckbar erklärt".

Bei der Berechnung der Wertpapiere legte man deren Nennwert zugrunde. Die Kursdifferenz — bei dreiprozentiger Reichsanleihe bis zu 10%. — berücksichtigte man, wenn überhaupt, höchstens durch eine geringfügige Vermehrung der verlangten Sicherheitssumme. Barkautionen kamen angesichts des niedrigen Bankzinsfußes (2%) in erheblichen Beträgen kaum vor; meistens wurden vielmehr nahezu al pari stehende Bayerische Staatsanlehen oder Pfandbriefe der Bayerischen Hypothekenbanken hinterlegt. Die Kontrolle über vollständige und richtige Erlegung der Sicherheit war mit obiger dem Wortlaut des früheren § 101 CPO. genügenden Fassung den Vollstreckungsbehörden außerordentlich erleichtert. Eine Haftung des Gerichts wegen Zulassung ungeeigneter oder unzureichender Papiere kann angesichts der Kurzlebigkeit zivilprozessualer Hinterlegungen und der Stetigkeit des Kurses obiger Papiere kaum je zur Sprache.

In diesen Verhältnissen ist nun seit 1. Januar 1900 zufolge Abänderung des § 101 (jetzt 108) eine wesentliche Verschiebung eingetreten. Allerdings bestimmt auch dermalen noch das Gericht nach freiem Ermessen die Höhe der Sicherheitssumme, d. h. den durch das Kautionspfand zu sichernden Interessebetrag des Gegners. Hinsichtlich der Kautionsmittel ist aber durch die Einschaltung der Alternative:

„solchen Wertpapieren. . ., welche nach § 234 „Abs. 1, 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs „zur Sicherheitsleistung geeignet sind „oder . . ."

neues Recht geschaffen.[1]) Der Kautionssteller ist hienach ohne weiteres kraft Gesetzes befugt, die Kaution dadurch zu leisten, daß er anstatt Geld[2]) auf den Inhaber lautende, kurshabende, mündelsichere Wertpapiere oder kurshabende, mündelsichere in blanco indossierte Ordrepapiere mit einem Gesamtkurswert von mindestens 133⅓% der Sicherheitssumme erlegt. Dieses Recht des Kautionsstellers kann von dem Gerichte weder hinsichtlich der Art der Papiere noch der kautionsfähigen Kursquote beschränkt werden; wohl aber darf das Gericht noch andere Papiere nach seinem Ermessen zulassen.

Die regelmäßigen Kautionsmittel im Zivilprozesse sind sonach weder mit den im BGB. § 232 aufgeführten Sicherungsmitteln, noch mit den mündelsicheren Anlagen des § 1807 BGB. identisch. Zunächst scheiden von vorneherein die im § 232 genannten Schuldbuchforderungen gegen Reich oder Bundesstaaten, Hypothekforderungen, Grundschulden, Rentenschulden, Mobiliarfaustpfänder und Bürgschaften aus, weil sie keine Wertpapiere[3]) darstellen. Auszuscheiden haben ferner Legitimationspapiere,[4]) Wertpapiere auf Namen, Ordrepapiere ohne Blankoindossament, weil nicht dem § 234 Abs. 1 BGB. entsprechend.

[1]) Die Anregung zu dieser Einschaltung erfolgte erst in der Kommission, weil die Hinterlegungsstellen sich nicht selten geweigert hätten, mündelsichere Wertpapiere statt Bargeld anzunehmen (KB. S. 47). Bei der eingangs erwähnten in Bayern üblichen Fassung konnte dies allerdings nicht vorkommen.

[2]) Der technische Ausdruck lautet nunmehr „in Geld" statt „in Bar".

[3]) Wertpapier = Forderungsträger; übliche Realisierung durch Verkauf, nicht Einziehung (CPO. § 821 und die Komm. hiezu). Nicht ausschlaggebend ist, daß die Papiere amortisabel und präsentabel sind, da dies auch bei Legitimationspapieren vorkommt. Bestr. und im BGB. anders wie in der CPO. behandelt ist die Frage, ob die Ordrepapiere (Wechsel und die Papiere des § 363 HGB.) überhaupt Wertpapiere oder nicht bloß Legitimationspapiere sind.

[4]) Kautionsunfähig sind hienach Bankschuldscheine, Sparkassebücher, Pfandzettel, Versicherungspolizen, Hypotheken- und Grundschuldbriefe.

Aber auch die hienach verbleibenden Inhaberwertpapiere und die Ordrepapiere mit Blankoindossament sind nicht ohne weiters kautionsmäßig, sondern nur, wenn sie **mündelsicher** sind. Die Mündelsicherheit beruht entweder auf Reichsrecht und gilt dann für den ganzen Umfang des Reichs oder auf vorbehaltenem Landesrecht, diesfalls unter Beschränkung auf das bezügliche Gebiet. Sie kann entweder unmittelbar kraft Gesetzes oder aber kraft behördlicher Erklärung auf Grund gesetzlicher Ermächtigung bestehen; letztere Erklärung ist stets widerruflich. Mündelsicher sind nun in Bayern — abgesehen von den unter § 234 Abs. 1 BGB. überhaupt nicht fallenden Hypotheken, Grund- und Rentenschulden, sowie Sparkasseanlagen — dermalen folgende Papiere:

a) **unmittelbar kraft Reichsrechts** (§ 1807 Abs. 1 Nr. 2, 3 BGB.):

Verbriefte Forderungen[1]) gegen das Reich oder einen Bundesstaat, sonstige verbriefte Forderungen, wenn deren Verzinsung[2]) von dem Reiche oder einem Bundesstaate gewährleistet ist;

b) **kraft Bundesratsbekanntmachung** (§ 1807 Abs. 1 Nr. 4 BGB.):

Die Schuldverschreibungen der evangelischen Kirchengemeinde Mainz von 1900 (RGBl. 1901 S. 37); die Kur- und Neumärkischen Ritterschaftlichen Kommunalschuldverschreibungen (RGBl. 1902 S. 3); die Schuldverschreibungen der Deutsch-Ostafrikanischen Gesellschaft (RGBl. 1903 S. 275); die Schuldverschreibungen des fürstlich Waldeckischen Domaniums von 1905 (RGBl. 1905 S. 180); endlich generell: die verbrieften Forderungen gegen eine deutsche („inländische") kommunale Körperschaft[3]) oder die Kreditanstalt einer solchen Körperschaft, wenn die Forderungen seitens des Gläubigers kündbar sind oder einer regelmäßigen Tilgung unterliegen (RGBl. 1901 S. 263).[4])

---

[1]) „Verbriefte Forderungen" wurde an Stelle von Schuldverschreibungen gesetzt, um auszudrücken, daß nicht bloß Wertpapiere gemeint seien (**Staudinger-Engelmann**, Komm. z. BGB. § 1807 Note 1, b). Als Kautionsmittel im Zivilprozesse kommen aber sowohl die verbrieften Forderungen wie die Schuldverschreibungen nur dann in Betracht, wenn sie Inhaberwertpapiere oder in blanco indossierte Ordrepapiere sind (§ 234 Abs. 1 BGB.).

[2]) Heimzahlungsgarantie ist nicht erwähnt; ein bezüglicher Antrag wurde in der II. Komm. zurückgezogen (Prot. V 763).

[3]) Politische, nicht kirchliche Korporationen sind gemeint (**Planck-Unzner**, Komm. z. BGB. 2, c zu § 1807). Hienach sind z. B. Münchener Stadtanlehensobligationen, Schuldverschreibungen der Marktgemeinde Wolfratshausen usw. im ganzen Reiche mündelsicher, ebenso umgekehrt Berliner, Königsberger Stadtanlehen in Bayern

[4]) Unkündbarkeit und Unverlosbarkeit auf bestimmte Zeit dürfte die Kautionsfähigkeit nicht beeinträchtigen, wenn nachher regelmäßige Tilgung eintritt.

c) **kraft Bayerischen Landesrechts** (Art. 32 UeG., 212 EG. z. BGB., MBek. vom 9. Sept. 1899, JMBl. 1899 S. 383):

Die Schuldverschreibungen bayerischer Gemeinden[1]); ferner die Pfandbriefe und die Schuldbriefe für Gemeindedarlehen[2]) (Kommunalobligationen) der Bayerischen Landwirtschaftsbank (e. G. m. beschr. H.); die Pfandbriefe der Bayerischen Hypotheken- und Wechselbank und der Süddeutschen Bodenkreditbank, die Pfandbriefe und die Kommunalobligationen der Pfälzischen Hypothekenbank in Ludwigshafen a. Rh., dann die Pfandbriefe der Bayerischen Vereinsbank, der Bayerischen Handelsbank und der Vereinsbank in Nürnberg.

Alle hier aufgeführten Arten mündelsicherer Papiere sind regelmäßige Kautionsmittel nur, soweit sie Inhaberwertpapiere sind. In blanco indossierte Ordrepapiere werden von der gem. M. unter die aufgezählten Papiere nicht gerechnet, also mangels Mündelsicherheit nicht für kautionsfähig erachtet, insbesondere auch nicht erstklassige Wechsel. Indessen ist es doch fraglich, ob nicht unter die „verbrieften Forderungen" und unter die „Schuldverschreibungen" (§ 1807 Nr. 2, 4 BGB.) auch Wechsel fallen können, die gelegentlich eines staatlichen oder gemeindlichen Gewerbebetriebs ausgestellt werden. Ausländische Wertpapiere sind dermalen nicht für mündelsicher erklärt. Aktien können nur unter den Begriff „Wertpapiere" (§ 1807 Nr. 4 BGB.), nicht Schuldverschreibungen oder verbriefte Forderungen fallen, weil sie lediglich Anteilsrechte repräsentieren. Sie bedürfen also zur Mündelsicherheit ausdrücklicher Erklärung, auch wenn eine staatliche Dividendengarantie vorliegt.[3]) Solche Erklärung ist bisher bezüglich keiner Aktiengattung erfolgt. Lose können mündelsicher sein, z. B. das Bayerische Prämienanlehen von 1866 (§ 1807 Nr. 2 BGB.).[4]) Landesherrliche, standesherrliche Obligationen sind nicht kraft Gesetzes mündelsicher; eine Mündelsichererklärung ist bisher, ausgenommen das Waldeckische Domanium, nicht erfolgt.

Verzinslichkeit ist nicht Erfordernis der Kautionsfähigkeit; Coupons können daher selbständig als Sicherheit erlegt werden.[5])

---

[1]) Diese sind kraft Gesetzes mündelsicher, die folgenden Papiere nur kraft Zulassung, also widerruflich. Auf Tilgungsart und Kündbarkeit kommt hier nichts an.

[2]) Wohl zu unterscheiden von den Schuldverschreibungen der Gemeinden selbst (vgl. § 41 Hyp.BankG.).

[3]) Prioritätsobligationen von Aktiengesellschaften können bei Staatsgarantie kraft Gesetzes mündelsicher sein.

[4]) Diese fallen als staatliche Inhaberpapiere unter § 1807 Abs. 1 Nr. 2 BGB. Kirchenbaulose, Sanitätslose usw. sind mangels bezüglicher Erklärung nicht mündelsicher.

[5]) Mit den Stammpapieren hinterlegte Coupons sind nach Maßgabe des § 1296 BGB. zurückverlangbar

Wohl aber erfordert § 234 Abs. 1 BGB., daß die zur Sicherheit angebotenen Wertpapiere neben der Inhabereigenschaft und der Mündelmäßigkeit auch „einen Kurswert" haben. Es ist zweifelhaft, ob darunter nur die amtliche Kursnotiz (§§ 29 ff. Börsengesetz; Bek. des Reichskanzlers vom 28. Juni 1898, RGBl. S. 915) gemeint ist. Der Zweck der Vorschrift, nämlich tunlichste Leichtigkeit der Nachprüfung und der Veräußerung, würde wohl für einschränkende Auslegung sprechen, so daß der Kurswert hier in Gegensatz zu dem Markt- oder Börsenpreis des § 821 CPO. stünde und nur „börsengängige", im Kursblatt wirklich notierte Papiere kautionsfähig wären. Allein angesichts der Erschwerung der Börsenzulassung, und da die Verwertung der Kaution doch nach §§ 821 CPO., 1221, 1235 BGB. erfolgt, wird man hier „Kurs" mit „Markt- oder Börsenpreis" identisch erachten dürfen (Staub zu Art. 353 ält. HGB., § 126 Gesch.A. f. GVollz.) Aehnlich Staudinger-Riezler Note 1, a zu § 234 BGB.: „Kurswert ist der durch den Einfluß von Angebot und Nachfrage beeinflußte Marktpreis des Geldes im Verkehr". Der Unterschied zwischen „Kurs" und „amtlichem Kurs" findet sich auch im § 400 HGB. Jedenfalls dürfte nicht bloß der Kurszettel des nächsten Börsenorts maßgebend sein (Prot. BGB. V 507).[1])

Diese Zusammenstellung läßt ohne weiteres erkennen, daß jeder Versuch einer Aufzählung der zulässigen Wertpapiere im Urteil untunlich ist.[2]) Vielmehr hat jedes Vollstreckungsorgan, insbesondere der Gerichtsvollzieher, selbständig nachzuprüfen, ob die hinterlegten Papiere nach Art und Wert genügen, nötigenfalls unter Benützung des Kurszettels oder mit Hilfe der Auskunft eines Sachkundigen z. B. eines Bankiers (Gesch.A. f. GVollz. § 55 Abs. IV).[3]) Welch schwieriger Aufgabe der Gerichtsvollzieher hier manchmal gegenübersteht, zeigt die Erwägung, daß beispielsweise die im Urteile eines Berliner Gerichts geforderte Sicherheit bei der Berliner Hinterlegungsstelle in Wertpapieren erlegt sein kann, die lediglich in Preußen mündelsicher sind, während die Vollstreckung in München stattfinden soll.[4]) Ist die

(bestr.). Sonstiger Depositalzins bildet eine Vermehrung der Kaution.

[1]) Die II. Komm. legte bei § 234 BGB. das Hauptgewicht auf lieferbare, nämlich mit Zins- und sonstigen Nebenscheinen versehene, nicht außer Kurs gesetzte Stücke (Prot. I 266). Angesichts der Unklarheit des Gesetzes und der großen Gefahr für den Gläubiger empfiehlt sich die Hinterlegung zweifellos kurshabender, also amtlich notierter Papiere.

[2]) Zumal, soweit Genehmigung erforderlich, solche jederzeit zurückgenommen oder auf andere Papiere ausgedehnt werden kann. Entscheidend für die Zulassung ist der Augenblick der Hinterlegung.

[3]) Die Hinterlegungsstelle selbst hat keine Nachprüfungs- oder Zurückweisungspflicht; a. M. anscheinend Gaupp-Stein Note II 2 zu § 108.

[4]) Die Zuständigkeit der Hinterlegungsstellen ist in

Kautionserrichtung nicht bei einer Hinterlegungsstelle oder nicht entsprechend dem § 108 CPO. geschehen, z. B. in unzulässigen Papieren, so ist die daraufhin erfolgte Vollstreckung nichtig. Hat der Schuldner in unzulässiger Art Abwendungskaution geleistet, so kann der Gläubiger trotzdem vollstrecken. Andererseits wird man nicht soweit gehen dürfen, daß man die Entstehung eines Pfandrechts des Gegners an einer solchen Kaution verneint; das würde insbesondere hinsichtlich des durch ungerechtfertigte Vollstreckungen angerichteten Schadens höchst unbillig sein[1]) und soweit nur unzulässige Wertpapiere hinterlegt sind, auch dem § 233 BGB. widersprechen.[2])

Namentliche Bezeichnung von Wertpapieren kann aber im Urteil dann vorkommen, wenn auf Grund der zweiten Alternative des § 108 Abs. 1 das Gericht an sich nicht unter § 234 BGB. fallende Wertpapiere ausnahmsweise als Kautionsmittel zuläßt. Das setzt zweifellos einen Antrag in mündlicher Verhandlung[3]) unter spezieller Bezeichnung der angebotenen irregulären Wertpapiere (solche müssen es immer sein)[4]) voraus und dementsprechend einen bezüglichen Ausspruch im Urteilssatz, der dann selbstverständlich zumal nach kontradiktorischer Verhandlung nicht mehr im Beschlußwege abgeändert werden kann.[5]) An diese Zulassung

Bayern keine ausschließliche. Es muß dem Gerichtsvollzieher sohin die Empfangsbescheinigung jeder bayerischen Hinterlegungsstelle als Kautionsnachweis genügen und kann nicht etwa nur diejenige für den Bezirk des Prozeßgerichts oder des Wohnsitzes des Gläubigers oder des Schuldners für zulässig erachtet werden. Außerhalb Bayerns sind die dortigen Zuständigkeitsvorschriften mitzubeachten. — Die Mündelsicherheit bemißt sich nach dem Rechte des Hinterlegungsorts (§ 56 GeschA. f. GVollz. Mot. BGB. IV 1112).

[1]) Daneben haftet die Vollstreckungsbehörde, in Bayern der Staat (§ 839 BGB.; Art. 60 AG. z. BGB.).

[2]) Auch wenn bei einer unzuständigen Stelle hinterlegt worden ist, muß wenigstens nach dem Inhalt der Hinterlegungserklärung ein rechtsgeschäftliches Pfand zugunsten des Gegners angenommen werden (§ 328 BGB.), also eigenmächtige Rücknahme unzulässig sein.

[3]) § 108 erwähnt allerdings den Antrag nicht; praktisch hat aber das Gericht ohne solchen Antrag weder Anlaß noch Anhalt für Zulassung anderweitiger Papiere (Gaupp-Stein Not. II 2 zu § 108).

[4]) Die aufgeführten Legitimationspapiere kann also das Gericht auch nicht nach freiem Ermessen zulassen.

[5]) Vgl. Falkmann, Zw.V. S. 323; a. M. Gaupp-Stein zu § 108. — Nachträgliche Parteivereinbarung ist dagegen in diesem Punkte zulässig; deren Nachweis ist der Vollstreckungsbehörde gegenüber durch öffentliche Urkunden zu führen (§§ 751, 775 CPO.). — Der Umtausch nach § 235 BGB., z. B. wegen Auslosung, kann sich natürlich nur auf gesetzlich kautionsfähige oder in der Entscheidung ausdrücklich zugelassene Papiere erstrecken. — Für eine Ergänzung nach § 240 BGB. mangelt es außerhalb der mündlichen Verhandlung an einem Verfahren, zumal nach Zustellung des Instanzurteils. § 112 Abs. 3 CPO. kann nicht herangezogen werden, weil das dortige Zwischenurteil nur die Fiktion der Klagsrücknahme vorbereitet. Jedenfalls könnte die Folge der Unterlassung einer beschlußmäßig angeordneten Kautionsergänzung nur Nichtbeachtung der gestellten Kaution sein, als ob sie von Anfang an unzureichend

hat sich die Streitfrage geknüpft, ob auch bei solchen ausnahmsweise zugelassenen Wertpapieren die Vorschrift des § 234 Abs. 3 BGB. (Notwendigkeit von einem Drittel Kurswertüberschuß) gilt. Das ist sowohl nach dem klaren Wortlaut des § 108 Abs. 1 als der Natur der Sache zu verneinen; denn das Zitat steht nur bei der ersten Alternative und außerdem ermöglicht ja die zweite Alternative gerade auch die Zulassung nicht kurshabender Wertpapiere. Es muß also hinsichtlich solcher irregulärer Kautionswertpapiere das Gericht befugt sein, nicht nur einen größeren Kurszuschlag als ein Drittel zu fordern, als auch den zu erlegenden Betrag nach der Nominalsumme oder nach Stücken (z. B. verbrieften Anteilrechten) zu bezeichnen.[1] Umgekehrt aber ist es unzweifelhaft nunmehr unzulässig, bezüglich der dem BGB. entsprechenden Wertpapiere einen kleineren Kursüberschuß oder eine Nominalsumme zu bestimmen; hier hat vielmehr der Kautionssteller schlechthin das Recht und die Pflicht, die Kaution durch Wertpapiere im Kurswert von $133^{1}/_{3}$ % der Kautionssumme aufrecht zu machen, wenn er nicht Barerlegung vorzieht.[2] Es ist nicht zu verkennen, daß in Zeiten ruhiger Kurshaltung der Zuschlag von einem Drittel eine schwere Belastung darstellt, die weit über das Erfordernis des Sicherungszwecks hinausgeht. Andererseits wird den Gerichten dadurch jede Haftung für den Fall plötzlichen Kurssturzes abgenommen.

Innerhalb gewisser Grenzen kann das Gericht indessen gleichwohl indirekt durch entsprechende Bemessung der Sicherheitssumme selbst eine Erleichterung der Kautionspflicht schaffen. Dies gilt zunächst für die Vollstreckungskaution des Gläubigers. Diese muß allerdings mindestens so hoch bemessen werden, als der dem Schuldner vorzeitig abgenötigte Betrag an Hauptsache, Zinsen und Kosten ausmachen wird; die allenfallsige sonstige Kreditschädigung durch die vorläufige Vollstreckbarkeit pflegt mit Recht nicht berücksichtigt zu werden, da hierüber jeder Anhalt fehlt. Nirgends ist aber vorgeschrieben, daß diese Summe ein für allemal in fixer Ziffer bestimmt werden müßte. Dies bringt im Gegenteil nach Teilzahlungen und im Kostenpunkt sowie bei Ratenurteilen (§ 258 CPO.) beträchtliche Schwierigkeiten und Unbilligkeiten für den Gläubiger mit sich. Es hat sich deshalb bei einigen Gerichten die Uebung gebildet, daß in Forderungssachen nur Sicherheit „in Höhe des jeweils zur Beitreibung stehenden Betrages“[1]) im Urteil angeordnet wird. Der Gläubiger hat dann die Möglichkeit, einen kleineren ihm zur Verfügung stehenden Geldbetrag zur Sicherheitsleistung zu verwenden, damit den entsprechenden Betrag beizutreiben, mit dem Erlöse neuerlich Kaution zu leisten und so allerdings stückweise schon während der vorläufigen Vollstreckbarkeit den geschuldeten Betrag wenigstens in der Form einer Kaution zur Hinterlegung zu bringen. Das ist durchaus nicht so wertlos, wie Gaupp-Stein Note 3 zu § 710 meint; man braucht nur an drohenden Vermögensverfall oder Verschleppungsgefahr, Unsicherwerden des Drittschuldners oder Gläubigerkonkurrenz zu denken. Die beigetriebenen und kautionsweise hinterliegenden Beträge erhält der Gläubiger nach Rechtskraft mittelst eines Antrags nach § 109 unschwer und alsbald heraus. Dieses Verfahren ist wohl von dem allerdings unzulässigen Versuche zu unterscheiden, mittelst Hinterlegung eines Teilbetrages der von vorneherein ziffermäßig im Urteil fixierten Kautionssumme zur sukzessiven Vollstreckung zu gelangen. Letzteres geht freilich ebensowenig an als Abwendung der Vollstreckung durch teilweise Kautionserlage seitens des Schuldners.[2]) Für die Abwendungskaution des Letzteren hat allerdings die Bemessung „in Höhe des jeweilig beizutreibenden Betrages“ praktisch wenig Wert. Denn wieviel der Gläubiger beitreiben will, erfährt der Schuldner erst im Augenblick des Vollstreckungsbeginns. Dann aber ist es zur Hinterlegung einer Sicherheit, die ja nicht beim Gerichtsvollzieher geschehen kann,[3]) zu spät und die Pfändung der zur Sicherheitsleistung bestimmten Gelder im Gewahrsam des Schuldners nicht mehr zu hindern. Solche gepfändeten Gelder sind freilich alsdann nach § 720 CPO. zu deponieren, was aber ganz andere Rechtsfolgen als die Sicherheitserlage hat.[4])

---

gewesen wäre, nicht etwa zwangsweise Beitreibung der Ergänzung. Daß eine Aenderung des Kautionsausspruchs durch Rechtsmittel oder Einspruch herbeigeführt werden kann, versteht sich von selbst (vgl. § 718 CPO.).

[1]) Daß das Gericht die irregulären Papiere nicht mit mehr als drei Viertel ihres etwaigen Kurswertes zuläßt, versteht sich angesichts der Haftung (insbesondere bei Beschlußkautionen: § 839 Abs. 2 BGB.) von selbst.

[2]) Vgl. OLGRspr. 9, 112 — Die Kommission scheint sich diese Folge ihrer Einschaltung allerdings nicht klar gemacht zu haben; der Wortlaut ist m. E. jedoch zwingend: vgl. Gaupp-Stein Note 11 zu § 108. Die ursprüngliche Formulierung des Antrags sprach sogar ausdrücklich von „anderen Wertpapieren“ (KB. S. 47); die jetzige Fassung stammt von der Redaktionskommission.

[1]) Da der beizutreibende Betrag nach Obigem auch die Nebensache (Zinsen, Kosten) umfaßt, andererseits besondere Vollstreckungsschäden daneben regelmäßig nicht berücksichtigt werden, bedarf es praktisch des von Gaupp-Stein bei § 710 geforderten Zuschlags (z. B. 110 % der Beitreibungssumme) nicht.

[2]) Vgl. ZVollstrR. 91, 191.

[3]) Der Gerichtsvollzieher handelt pflichtwidrig, wenn er von der Pfändung absteht, ohne daß ihm eine Urkunde nach § 775 Nr. 3 CPO. vorgelegt ist. Die Uebermittlung der Kaution wäre überdies ein reines Privatgeschäft des Gerichtsvollziehers zugunsten des Schuldners; auch Parteiabmachung könnte ein solches nicht erlaubtes Nebengeschäft nicht gültig machen. Vorweisung des Postscheins über Absendung der Kaution an die Hinterlegungsstelle genügt nicht, weil § 375 BGB. den wirklichen Eingang bei der Hinterlegungsstelle als geschehen voraussetzt, übrigens § 775 die speziellere Vorschrift ist. Daß bei nachträglicher Vorlegung der Hinterlegungsbescheinigung die Pfändung aufzuheben ist, ergibt sich aus § 776.

[4]) Nach dem Werte der jeweiligen Pfandobjekte darf

Diese praktische Minderwertigkeit für den Schuldner kann aber keinen Grund abgeben, die hier vorgeschlagene Formel überhaupt zu verwerfen, zumal der Schuldner immerhin bei Teilzahlungen und bloßen Kostenvollstreckungen ebenfalls Nutzen von ihr ziehen kann.[1])

Eine weitere Erleichterung der Kautionspflicht kann dadurch geschaffen werden, daß sachlich zusammengehörige und zureichende Kautionen nur einmal auferlegt oder für konnexe Prozesse forthaftend erklärt werden. Wird hierauf keine Rücksicht genommen, so können sich doppelt und dreifach überschießende Beträge ergeben, die eine nutzlose Belastung der Depositenkassen und der Parteien darstellen. Man denke z. B. an gesonderte Leistungs- und Duldungsurteile gegen Ehefrau und Ehemann mit vorausgegangenem Arrestbefehl. Hier ist es Sache der voraussichtlich Kautionspflichtigen, rechtzeitig auf die bereits erlegte Kaution hinzuweisen, da insbesondere die Instanzgerichte von Amts wegen hievon Kenntnis nicht besitzen. Selbstverständlich genügt der Forthaftungsausspruch im Urteil allein nicht, sondern es muß der Kautionssteller, wenn er davon Gebrauch machen will, entsprechende neue Hinterlegungserklärung abgeben, damit nicht in einem etwaigen Verfahren nach § 109 CPO. diese Forthaftung unberücksichtigt bleibt.

Daß Kautionen nicht lediglich vorsorglich auferlegt werden sollen, z. B. wenn sowohl Arrestgrund als Anspruch glaubhaft gemacht sind, von der Vorschrift des § 921 Abs. 2 Satz 2 CPO. nur vorsichtiger Gebrauch zu machen ist, wenn nicht unbemittelte Parteien um ihr Recht gebracht werden sollen, bedarf keiner weiteren Ausführung. Ebenso mag der Hinweis darauf genügen, daß bei § 769 CPO. mangelnde Glaubhaftmachung durch Sicherheit überhaupt nicht ersetzbar ist (Ztschr. f. CP. 31, 108), letztere vielmehr nur zur Sicherung von Lagerkosten usw. dienen soll.

Anderweitige Erleichterungen der Kautionspflicht sind kaum praktisch; insbesondere wird von der ersten Alternative des § 710 CPO. nur außerordentlich selten Gebrauch gemacht werden können, etwa wenn eine arme Partei durch einen chikanösen Schuldner mit einer offenbar begründeten Forderung hingehalten werden soll, um einen unbilligen Vergleich zu erzielen.

Unpraktisch ist auch aus naheliegenden Gründen die Möglichkeit, durch Parteivereinbarung andere als die gesetzlichen Mittel zur Sicherheitsleistung zuzulassen, da die Parteien meist weder Anlaß noch Lust haben, einander die Prozeßführung oder gar die Vollstreckung zu erleichtern. Am häufigsten kommt diesbezüglich noch bei kleineren Beträgen die Hinterlegung beim Anwalt an Stelle der gerichtlichen Hinterlegung vor. Mangels solcher Abmachung bedarf es aber in der Entscheidung keines Hinweises darauf, daß die Sicherheit durch gerichtliche Hinterlegung zu bestellen ist und keiner Angabe einer bestimmten Hinterlegungsstelle. Denn ersteres ergibt sich ohnehin aus dem Gesetz und eine ausschließliche örtliche Zuständigkeit der Hinterlegungsstelle besteht wenigstens in Bayern nicht.[1])

Demnach vereinfacht sich die neurechtliche Sicherheitsformel sehr erheblich und erscheint z. B. genügend:

> „Dieses Urteil ist gegen klägerische Sicherheit von vierhundert Mark" — oder: „gegen klägerische Sicherheit in Höhe des jeweils beizutreibenden Betrags" — vorläufig vollstreckbar."

Einer besonderen Betrachtung ist schließlich der Vollzug des § 713 Abs. 2 CPO. wert. Während Abs. 1 lediglich in das Gerichtsermessen stellt, ob etwa auf Antrag des Schuldners die vorläufige Vollstreckbarkeit ausnahmsweise von einer Gläubigerkaution auch in solchen Fällen abhängig zu machen ist, in denen das Gesetz sonst dieses Erfordernis nicht vorsieht —, befiehlt Abs. 2 dem Gerichte schlechthin, dem Schuldner auf Antrag nachzulassen,[2]) durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung die Vollstreckung abzuwenden, „wenn nicht der Gläubiger sich erbietet, vor der Vollstreckung Sicherheit zu leisten". Hieran haben sich eine Anzahl für die Praxis sehr wichtiger Streitfragen geknüpft. Unbestritten ist zwar, daß dieses Erbieten des Gläubigers in der mündlichen Verhandlung vor der Urteilsfällung geschehen muß (§ 716) und daß nicht ein bloßes Kautionsangebot des Gläubigers die Sicherheitsleistung des Schuldners hinfällig macht, sondern erst die wirkliche Kautionserlage auf Grund ausdrücklichen diesbezüglichen Vorbehalts im Urteil. Zweifelhaft ist aber schon, ob nicht der Antrag des Schuldners selbst bereits die gesetzliche Resolutivbedingung der Gläubigerkaution enthält, also ein Antrag des Gläubigers gar nicht nötig ist. Noch zweifelhafter ist aber die Hauptfrage, ob bei Stellung der beiderseits im § 713 Abs. 2 vorgesehenen Anträge auch im Urteil beiderseitige Kautionen vorzusehen sind oder die Gläubiger-

---

die Abwendungskaution des § 713 Abs. 2 nicht bemessen werden, wie ja auch dessen Zahlung allein nicht zur Freigabe führt.

[1]) Die Kaution muß solchenfalls dann auch bei Vollstreckungsbeträgen unter 300 Mk. geleistet werden.

[1]) Daß für den Fiskus als Prozeßpartei eine besondere, nicht fiskalische Hinterlegungsstelle geschaffen werden müsse, widrigenfalls er nicht hinterlegen könne (so Falkmann ZwV. 2. Aufl. S. 41; vgl. auch Gaupp-Stein Note 2 zu § 710 V) ist unrichtig und beruht auf Verkennung des Unterschieds zwischen Hoheitsrecht und Geldhaftung. Mit dem gleichen Rechte könnte man sagen, daß der Fiskus bei sich selbst prozessiert oder Gesetze gibt.

[2]) Gemeint ist „gestatten"; letzterer Ausdruck ist auch in der Praxis allein verwendbar, da der Volksmund hier „nachlassen" nur in der Bedeutung von „verzichten" auffaßt und gebraucht, was gerade das Gegenteil der Vorschrift wäre. — Sicherheitsleistung und Hinterlegung des Streitgegenstands sind wohl zu unterscheiden. Der Abwendungsantrag ist auch dann zulässig, wenn der Gläubiger bereits ein Pfand (§ 777 CPO.) in Händen hat.

kaution allein. Endlich besteht auch darüber Uneinigkeit, ob letzterenfalls der Antrag des Schuldners ausdrücklich abzuweisen ist oder einfach gegenstandslos wird, weil er von vornherein nur bedingt ist. Bekanntlich hat sich die gemeine Meinung durchweg für die beiderseitige Kaution ausgesprochen; der einzige freilich gewichtige Gegner ist Planck geblieben, der aber selbst die Zweifelhaftigkeit des Gesetzes zugibt.[1]) Meines Erachtens kann dieser allerdings einzuräumende Zweifel aber durch die Entstehungsgeschichte des § 713 gelöst werden. Dessen jetziger Wortlaut stand als § 604 bereits im Entwurf und dessen Begründung (S. 398) gibt in der Tat über den Sinn nicht unzweideutigen Aufschluß. Es heißt dort nämlich nur, der Gläubiger könne die Sicherheitsleistung des Schuldners ablehnen und die Vollstreckbarkeit erreichen, indem er selbst die Sicherheit beschaffe. In welchem Sinne die Kommission aber dies auffaßte, ergibt sich ganz klar aus deren Protokollen (S. 340). Dort begründete der Abg. v. Struckmann den Abänderungsantrag Wolfson (auf lediglich fakultative Kaution nach Gerichtsermessen) gerade damit, daß der Entwurf dem Gerichte verbiete, dem Antrag des Schuldners zu entsprechen, wenn der Gläubiger sich zur Sicherheitsleistung erbiete. Der Antrag Wolfson, sowie ein ähnlichen Zwecken dienender Antrag Pfafferott wurden jedoch abgelehnt, weil die Kommission erwog, der Gläubiger habe nun einmal das Urteil für sich und es müsse deshalb seine Kaution derjenigen des Schuldners vorgehen. Bei der zweiten Lesung fand hierüber gar keine Debatte mehr statt (Prot. S. 563). Hieraus muß doch mit aller Sicherheit entnommen werden, daß die Auffassung Plancks die richtige ist, mag auch dessen Begründung nicht ganz erschöpfend sein. Diese Auffassung entspricht auch dem gesetzlichen Wortlaute und den praktischen Bedürfnissen mehr als die bisherige gemeine Meinung. Es ist bei unbefangener Prüfung des Textes nicht abzusehen, warum das Erbieten des Gläubigers im § 713 Abs. 2 etwas anderes sein soll als im § 710; ist aber beides identisch, so trifft eben § 713 Abs. 2 überhaupt nur diejenigen Fälle der vorläufigen Vollstreckbarkeit, welche nicht von vorneherein das Erbieten des Gläubigers zur Sicherheitsleistung erfordern, also §§ 708, 709 und 711.

Praktisch hat der Gläubiger bei Geldforderungen kein besonderes Interesse, gegenüber dem Antrag des Schuldners aus § 713 Abs. 2 seinerseits Kaution anzubieten. Schon der bloße Vorbehalt auf Antrag des Schuldners hemmt nämlich zufolge § 720 CPO. die Aushändigung des Versteigerungserlöses oder gepfändeten Geldes an den Gläubiger; leistet der Gläubiger seinerseits Sicherheit, so erhält er allerdings das Vollstreckungsergebnis hinaus, aber ein gleich großer Vermögenswert des Gläubigers wird dafür in seiner Kaution festgehalten. Zumeist ist auch der Gläubiger recht wohl zufrieden, wenn er wenigstens durch Hinterlegung des Vollstreckungsergebnisses oder einer Sicherheit des Schuldners gesichert ist; er wird daher bei Forderungsurteilen meist unterlassen, sich selbst durch eigenes Kautionserbieten eine unnötige Last aufzubürden.[1]) Anders liegt die Sache bei der Realexekution, z. B. bei Räumungsurteilen. Hier findet § 720 keine Anwendung; hinterlegt der Schuldner die Sicherheit nicht, so hilft ihm der Abwendungszusatz im Urteil gar nichts, sondern der Vermieter kann ihn einfach ohne jede Kaution seinerseits exmittieren. In diesem Fall gewährt allerdings die von uns bekämpfte Meinung dem Vermieter den Vorteil, die Exmission nachträglich noch durch eigene Kaution erreichen zu können, wenn der Mieter wider Erwarten Sicherheit stellt. Der Vermieter verliert also nach dieser Meinung durch anfängliche Unterlassung der Kautionsstellung höchstens Zeit, nicht aber die Möglichkeit der vorläufigen Vollstreckung überhaupt, während er bei der Planckschen Auffassung sich schon im Urteilstermine darüber schlüssig machen muß, ob er sich von vorneherein die Kaution aufbürden oder abwarten will, bis der Schuldner Kaution leistet, letzteres auf die Gefahr hin, solchenfalls bis zur Rechtskraft des Urteils der Räumungsbefugnis beraubt zu sein. In Wirklichkeit liegt die Sache indessen zumeist viel einfacher. Der Räumungspflichtige wird sehr selten in der Lage sein, bei größeren Räumen und längeren Kündigungsfristen eine dem klägerischen Räumungsinteresse wirklich entsprechende Sicherheit tatsächlich zu erlegen, weil dies Vorausbezahlung des Mietzinses auf ein Jahr und mehr bedeuten würde. Erlegt aber der Mieter wirklich eine solch hohe Sicherheit, so kann und wird der Vermieter damit meist recht wohl zufrieden sein. Spielen persönliche Chikanen herein, so mag der Vermieter von vorneherein sich durch Erbieten zur eigenen Kaution die Räumung sichern.[2]) Gerade bei diesen Realexekutionen treten andererseits die Schattenseiten der bekämpften Meinung besonders grell hervor. Zunächst erlegt der Schuldner vielleicht 500 Mk. Abwendungskaution, dann der Gläubiger 500 Mk. Vollstreckungskaution und nachdem auf diese Weise 1000 Mk. Parteigelder brachgelegt sind, wird der Schuldner erst recht exmittiert. Außerdem weiß geraume Zeit keine der beiden Parteien, ob es nun wirklich zur Emission kommt.[3])

Alle diese Mißstände und Nachteile fallen bei Annahme der Planckschen Meinung weg, und schon diese Vereinfachung und Klärung des Verfahrens muß als ein wesentlicher Vorteil angesehen werden.

---

[1]) Vgl. neuerdings gegen Planck den Aufsatz von Marcus im Recht 1900 S. 11.

[1]) Nur hinsichtlich der Realisierungs- und Rückgabeform bestehen Unterschiede.

[2]) Es ist Sache des Anwalts, sich rechtzeitig über die Fähigkeit und Geneigtheit der Partei zur Sicherheitsleistung zu vergewissern.

[3]) Hinsichtlich des Kautionsnachweises besteht keine Vollstreckungsfrist (§ 751 CPO.).

Man kann auch nicht etwa sagen, daß bei dieser Ansicht Abs. 1 des § 713 seine Bedeutung verliert, wie es auf den ersten Blick allerdings scheinen möchte. Richtig ist ja, daß bei unserer Auffassung die Urteilsformel schließlich den gleichen Wortlaut erhält, mag dem Gläubiger die Kaution aus Abs. 1 oder aus Abs. 2 auferlegt werden. Damit ist aber noch lange nicht gesagt, daß beide Rechtsbehelfe sich grundsätzlich decken. Im Gegenteil sind diese so verschiedenartig, daß sie sogar unbedenklich kumuliert werden können.[1])

Stellt nämlich der Schuldner lediglich Antrag aus Abs. 1, so steht es im freien Ermessen des Gerichts, ob dem stattgegeben werden will oder nicht. Weist das Gericht den Antrag ab, so findet auch § 720 zugunsten des Schuldners Anwendung; gibt es ihm statt, so muß der Gläubiger Kaution leisten, wenn er überhaupt zur Vollstreckung gelangen will. Ein Erbieten des Gläubigers zur Kaution ist für das Gericht belanglos, wenn es die Voraussetzung des Abs. 1 nicht für gegeben erachtet.[2])

Stellt der Schuldner aber Antrag aus Abs. 2, so muß das Gericht diesem Antrag stattgeben und damit sichert sich der Schuldner unter allen Umständen den Vorteil des § 720, auch wenn er gar nicht beabsichtigt, die Kaution zu leisten. Er kann aber mit diesem Antrage nicht erreichen, daß dem Gläubiger gerichtsseitig gegen seinen Willen eine Kautionspflicht aufgenötigt wird; dem Gläubiger bleibt vielmehr die Freiheit des Entschlusses dahin, ob er in der Hoffnung der Kautionsunfähigkeit des Schuldners seinerseits das Kautionsangebot unterläßt. Mit anderen Worten, Abs. 1 gewährt direkten Kautionszwang gegen den Gläubiger, aber nur nach gerichtlichem Ermessen, Abs. 2 enthält eine nur indirekte, aber lediglich vom Willen des Schuldners abhängige Nötigung. Eine ausdrückliche Abweisung des Schuldnerantrages aus Abs. 2 entfällt, sofern der Gläubiger nunmehr seinerseits Kaution anbietet; denn der Antrag des Schuldners ist von vornherein gesetzlich bedingt. Nur dann erscheint wegen der Rechtsmittel eine ausdrückliche Abweisung in der Formel sachgemäß, wenn der Schuldner auf der Einfügung des Abwendungssatzes neben der Gläubigerkaution bestehen sollte. Auch hier gelangen wir also zu dem Schlußergebnisse, daß eine erhebliche Vereinfachung der früher üblichen umständlichen Kautionsformel nicht nur möglich, sondern auch sachgemäß und praktisch ist.

[1]) Unter Umständen kann der Gläubiger noch in der Berufungsinstanz sein Kautionsanerbieten nachholen und eine entsprechende Urteilsänderung herbeiführen, wenn der Gegner Berufung eingelegt hat. Eine reform. in pejus liegt darin für ihn nicht.

[2]) Bestimmte Gründe gibt das Gesetz nicht an; sachgemäß kann nur eine erhebliche Verlustgefahr gemeint sein, die jedoch den Begriff des unersetzlichen Nachteils (§ 712) nicht erfüllt. Praktisch kommen Anträge aus § 713 Abs. 1 kaum vor, obwohl sie bei Realexekutionen dann für den Schuldner von Wert wären, wenn er offensichtlich seinerseits kautionsunfähig, der Abwendungsantrag also für ihn nutzlos ist, weil sich der Gläubiger solchenfalls nicht zum Kautionsangebot drängen läßt.

---

## Zum Streite über den § 26 des Gesetzes über Verlagsrecht.

Von **Robert Voigtländer**, Verlagsbuchhändler in Leipzig.

Die in Nr. 15/16 dieser Zeitschrift veröffentlichte Abhandlung des Oberbibliothekars Professor Dr. Schulz bedarf einer buchhändlerischen Erwiderung. Ich halte mich zu dieser befugt, da ich mich seit langen Jahren eingehend mit Urheber- und Verlagsrecht beschäftigt habe.

Es ist durchaus zu bestreiten, daß nach einem „viel geübten Gebrauche“ Universitätsprofessoren als Verfasser von Lehrbüchern die für ihre Hörer benötigte Zahl von Abzügen vom Verleger zum Buchhändlerpreise zu beziehen und zu diesem ihren Hörern zu übermitteln gewohnt seien, sowie daß diesen angeblichen Gebrauch der § 26 des Verlagsgesetzes zu sichern bestimmt sei. Ich habe an allen Beratungen des Ausschusses für die Verlagsordnung des Börsenvereins und an den Sachverständigen-Beratungen im Reichsjustizamt teilgenommen, habe auch damals die Literatur eifrig verfolgt. Bei diesen Beratungen und in der Literatur sind buchhändlerische und verlagsrechtliche Gebräuche sehr ausgiebig erörtert, auch bestritten worden; niemals ist aber meines Erinnerns, wie ich ausdrücklich bezeugen möchte, von dem von Professor Dr. Schulz behaupteten Gebrauche die Rede gewesen. Wären damals die jetzigen Ansprüche der Autoren erhoben worden, so würden wir uns bis zum äußersten dagegen gewehrt haben und sicherlich mit Erfolg. Das dem Verfasser durch § 26 eingeräumte Recht ist damals in der Hauptsache von niemanden anders verstanden worden, als daß der Verfasser zu seinem persönlichen Gebrauche beliebig viele Abzüge zum Buchhändlerpreise erhalten, auch zur Wahrung persönlicher Interessen die ganze Auflage aufkaufen, also aus dem Handel solle zurückziehen können. Daß manche Autoren die eigentlich zum persönlichen Gebrauche erworbenen Abzüge gelegentlich verkaufen, war uns wohl bekannt, auch daß dadurch Unzuträglichkeiten entstehen können. Darum mag es nicht vorausſichtig gewesen sein, daß der Buchhändler-Ausschuß zur Beratung der Verlagsordnung einen Antrag ablehnte, dem Verfasser den Verkauf zu wehren. Der Grund war aber (vgl. Börsenblatt f. d. d. Buchhandel 1904. Nr. 80, Gutachten des Vereinsausschusses), daß man solche Fälle für selten und praktisch unbedeutend hielt. Man wollte daher nicht so kleinlich sein, sie in der Verlagsordnung zu berücksichtigen. Also nicht der von Professor Dr. Schulz behauptete Gebrauch kann

aus diesem Vorgang gefolgert werden, sondern das Gegenteil: niemand wußte von solchem Brauche. — Später habe ich noch eine praktische Probe hierauf gemacht. Als zu den (mißglückten) Friedensverhandlungen mit dem Akademischen Schutzverein im Mai 1904 eine Anzahl erfahrener Buchhändler versammelt waren, habe ich den Vorsitzenden gebeten, jeden einzeln zu fragen, ob ihm aus seiner persönlichen Geschäftserfahrung Fälle bekannt seien, die auf jenen angeblichen Gebrauch schließen ließen. Alle mußten verneinen!

Natürlich ist unter einem „Gebrauche" nur eine allbekannte und allgemein übliche Rechtsauffassung, eine Sitte zu verstehen, der man sich auch wider seinen eigentlichen Willen fügt. Daß Verleger gelegentlich freiwillig oder gemäß freiwillig übernommener Verpflichtung ihren Autoren Abzüge zum Wiederverkauf an deren Hörer abgegeben haben, und daß sie das unter ihnen vorteilhaft scheinenden Umständen auch ferner tun werden, ist nie in Abrede gestellt worden.

Das ist aber der Drehpunkt des ganzen Streites: Ob der Verleger nach eigenem Ermessen den Vertrieb seines Verlages regeln darf, auch dem Verfasser gegenüber, oder ob er sich von diesem willenlos in einem erheblichen Teil des Vertriebes befehlen lassen muß, auch wenn er wichtige Geschäftsinteressen verletzt glaubt.

Und die Absicht, die Verleger den Autoren zu unterwerfen, scheint hier allerdings vorzuliegen. Jahrhunderte lang sind Autoren und Verleger aufs beste über die Kauferemplare des Verfassers zurecht gekommen. In der ganzen Literatur findet man kaum Spuren von Erörterungen über den Fall. Er hat also nie oder nur selten zum Streite geführt; den Verfassern der Verlagsordnung des Buchhandels erschien er zu unbedeutend, um Vorkehrungen gegen einen Mißbrauch zu treffen; bei den Verhandlungen über das Reichsgesetz redete man von allem andern, nur nicht von dem, was heute für Prof. Dr. Schulz und seine Freunde eine Hauptsache sein soll. Nun taucht plötzlich der Akademische Schutzverein auf, erläßt eine Aufforderung an die Autoren, von dem vermeintlichen Recht des § 26 Gebrauch zu machen und denkt an die Errichtung einer Zentralstelle für den geschäftsmäßigen Vertrieb der so erworbenen Bücher durch ganz Deutschland. Ich will gewiß den beteiligten Herren nicht bestreiten, daß sie in bester Meinung handeln. Aber sie stehen seit einigen Jahren in scharfem Gegensatz zu dem Buchhandel. Ist es nicht sehr naheliegend, daß der § 26 in der neuen Auslegung herhalten soll, „um in den Betrieb des Buchhandels Verwirrung zu bringen, ja, um ihn als Kampfsmittel gegen den Buchhandel zu benutzen"? (Gutachten des Vereinsausschusses, a. a. O.).

Hoffentlich durchschaut das Reichsgericht diese Verhältnisse.

Herr Professor Dr. Schulz aber möge mir gestatten, mit zweien seiner Sätze zu schließen, nur mit Vertauschung weniger Worte: „Niemals kann ein über seine Aufgabe klarer Verlagsbuchhandel sich den Autoren (Schulz: „dem Sortiment") mit gebundenen Händen überliefern. Die augenblickliche Politik des Akademischen Schutzvereins (Schulz: „des Börsenvereins") verfolgt allerdings ein solches Ziel, aber Politik ist kein Recht."

---

## Der österreichische Gesetzentwurf über das Verbot der Rübenrayonierung und die Lieferung der zur Zuckererzeugung nötigen Rübe.

Von **Dr. Karl Hirsch**, Gerichtsassessor in Frankfurt a. M.

Während wir in Deutschland uns noch im Stadium der „Kartellenqueten" befinden und über das Bedürfnis der „Kartellgesetzgebung" hin und her gestritten wird, geht das wegen seiner „Rückständigkeit" viel geschmähte Oesterreich wie mit einem Check- und Automobilgesetz auch auf diesem Gebiete uns voran.

Ohne einer allgemeinen gesetzlichen Regelung des Kartellwesens zu präjudizieren — in einer Resolution wurde die Vorlage eines Kartellgesetzentwurfs verlangt — hat das Abgeordnetenhaus die Regierungsvorlage über das Verbot der Rübenrayonierung angenommen, allerdings in verschärfter Form, so daß das Zustandekommen des Gesetzes zweifelhaft erscheinen muß. —

Die Vereinigung sämtlicher am Rübenbezug beteiligten Unternehmer hat infolge ihres Einflusses auf die Konditionen und Preise seit Jahren zu — berechtigten — Klagen der österreichischen Landwirte Anlaß gegeben. Die Vereinigung bezweckte — wie es in den Motiven heißt und auf Grund des Tatsachenmaterials nicht bestritten werden kann — „indem sie andere Abnehmer fernhält und dem Landwirt keine Auswahl zwischen verschiedenen Käufern und Offerten übrig läßt, dessen freie geschäftliche Willensbetätigung einzuschränken oder aufzuheben und ihn in eine Zwangslage zu bringen, die er in der Preisziffer und in den gesamten Lieferungsbedingungen wirtschaftlich nachteilig empfindet."

Hierfür ist in der — musterhaft (!) durchgeführten — Enquete des Ackerbauministeriums, welche dem Entwurf als Beilage beigegeben ist — alles Material beigebracht; beide Teile sind erschöpfend zu Wort gekommen.

Der Regierungsentwurf, dessen Motivenbericht von Klein verfaßt ist und vom Zuckerausschuß mit Recht als „Meisterstück" bezeichnet wird, enthält 10 Paragraphen. In Anlehnung an das österreichische Koalitionsgesetz werden die auf Rayonierung hinzielenden Verabredungen zivilrechtlich als wirkungslos und ungültig erklärt. In durchaus zu billigender Form werden aber auch die

entsprechenden gegen Fabrikanten gerichteten Vereinbarungen der Landwirte (Beschränkung der Freiheit des Vertragsabschlusses) mit Unwirksamkeit bedroht; ein „Ausfluß der iustitia distributiva". Mit der Unwirksamkeit des Vertrages fallen — wie der Entwurf ausdrücklich bestimmt — die Mittel zur Sicherung der Vertragstreue: Kautionen und Konventionalstrafen können zurückgefordert werden; des weiteren werden Schiedsgerichtsverträge für unzulässig erklärt. Die „partie honteuse" des Gesetzentwurfs bildet die in § 5 enthaltene Strafandrohung für denjenigen, der durch Einschüchterungsmittel die unter das Gesetz fallenden Vereinigungen zu erzwingen sucht. Im Hinblick auf das geltende österreichische Recht erscheint diese Bestimmung aber gerechtfertigt: sie lehnt sich eng an eine Vorschrift des — noch in Geltung befindlichen — Koalitionsgesetzes an; es erscheint unanfechtbar, daß für die Rayonierungen das gleiche gelten soll wie für Koalitionen.

Eine andere Frage ist es allerdings, ob man nicht zweckmäßiger die Aufhebung des Koalitionsgesetzes in die Wege leiten sollte.

Der Entwurf enthält des weiteren Vorschriften über den Inhalt der Rübenlieferungsverträge (Verbot einzelner Bestimmungen) und trifft Vorkehrung für die Feststellung von Usancen unter Mitwirkung der Regierung.

Bei der parlamentarischen Verhandlung stand § 5 im Mittelpunkte des Interesses.

Der Ausschuß beantragte über die Vorlage hinaus unter Strafe zu stellen den,

> der „sich durch eine der in den § 1—3 verbotenen Verabredungen beim Einkaufe oder Verkaufe der Zuckerrübe zum Schaden des anderen Vertragsteils, sei es hinsichtlich des Preises oder der sonstigen Vertragsbedingungen, wirtschaftliche Vorteile verschafft, die bei freiem Wettbewerbe ausgeschlossen wären" . . . .

Es ist wohl kaum zu befürchten, daß diese Bestimmung, welche großes Vertrauen in die Fähigkeiten und Kenntnisse des österreichischen Richterstandes bezeugt, Gesetz werde, eher dürfte wohl das ganze Gesetz scheitern. Treffend hat Klein, der Leiter des Justizministeriums, ausgeführt:

> „Die Maximen der Wirtschaftspolitik sind kein Gegenstand des Strafrechtsschutzes. Sie müssen frei miteinander ringen können je nach den Veränderungen der wirtschaftlichen Bedingungen und Zwecke. Für das starre Strafrecht sind sie viel zu flüssig und wechselnd."

Mag nun die österreichische Regierungsvorlage angenommen oder abgelehnt werden — sie bietet auch für Deutschland wertvolle Anregungen.

Die „Rayonierungen" haben sich auch bei uns unter der Herrschaft der Kartelle ausgebildet, es sei nur beispielsweise an die Kohlen-Rayonierungen erinnert. Hier könnte nach österreichischem Vorbild — und einem alten Vorschlage Kohlers — die zivilrechtliche Unwirksamkeit statuiert werden, gegen strafrechtliches Vorgehen sprechen aber Kleins Argumente, die durch das amerikanische Trustgesetz-Fiasko eine Stütze erhalten.

## Mitteilungen aus der Praxis.

**Uebereignung von Grundstücken im Zwangsenteignungsverfahren.** In dem Zwangsenteignungsverfahren zugunsten eines staatlichen Bahnbaues ist zwischen dem Eisenbahnärar und der abtretungspflichtigen Stadtgemeinde U. eine gütliche Einigung zustande gekommen und von der zuständigen Distriktsverwaltungsbehörde protokolliert worden. Aerar und Gemeinde haben vereinbart, daß die Gemeinde die Grundstücke, auf die sich das Enteignungsverfahren bezogen hat, an das Aerar und dieses wiederum eine Reihe anderer Grundstücke an die Stadtgemeinde „zum vollen sofortigen Besitz und Eigentum" abtritt. Die Grundstücke der Gemeinde sollen als vertauscht gelten gegen die des Aerars. Die Berichtigung der öffentlichen Bücher wird beiderseits bewilligt und beantragt. Das Hypothekenamt[1]) hat den Vollzug des Vergleiches im Hypothekenbuch abgelehnt und zwar aus folgenden Gründen. Ueber alle Verträge, welche die Besitzveränderung oder das Eigentum unbeweglicher Sachen betreffen, sind bei Strafe der Nichtigkeit Notariatsurkunden zu errichten — Art. 14 Not.G. v. 10. XI. 67. Eine Ausnahme von dieser Bestimmung ist durch Art. 26 der neuen und Art. 55 der früheren Fassung des AG. z. ZPO. u. KO. für das Zwangsenteignungsverfahren geschaffen: eine gütliche Einigung der Beteiligten über die Abtretung oder über die zu leistende Entschädigung wird mit der Protokollierung durch die Distriktsverwaltungsbehörde rechtswirksam. Es läßt sich nicht leugnen, daß der Grund, der zur Aufnahme dieser Bestimmung in das genannte Gesetz geführt hat — vgl. Henle, Zwangsenteignung in Bayern Anm. 1 zu Art. 55 a. a. O. S. 149 — nämlich die Ersparung einer nochmaligen Verbriefung der schon vor der Verwaltungsbehörde protokollierten Einigung auch im vorliegenden Falle zutrifft. Zudem unterscheiden die Art. 26 u. 55 a. a. O. nicht zwischen der regelmäßigen Entschädigung durch Leistung von Geld und einer Entschädigung durch Leistung von Grundstücken. Gleichwohl ist notarielle Verbriefung erforderlich, wenn wie in dem vorliegenden Fall die gütliche Einigung eine Uebereignung von Grundstücken nicht nur von dem Abtretungspflichtigen auf den Abtretungsberechtigten, sondern auch von diesem auf jenen, mit anderen Worten einen Tausch von Grundstücken enthält.

Der Art. 55 des AG. z. CPO. verdankt seine Entstehung einem Antrage, wonach in Art. 220 Abs. II des Entwurfes zu dem genannten Gesetz — Art. 219 des Gesetzes — notarielle Verbriefung für nicht erforderlich erklärt werden sollte „bei Uebertragung des Eigentums an abzutretenden Grundstücken an Zwangsenteignungsberechtigte nach Art. 47 des gegenwärtigen Gesetzes" — vgl. Henle a. a. O. In der Begründung des

[1]) Es handelte sich um einen noch nicht unter Grundbuchrecht getretenen Bezirk.

Gesetzentwurfes die durch die Einführung des BGB. veranlaßten Aenderungen der seit 1818 erlassenen Gesetze betr. heißt es zu Art. 55 des mehrerwähnten Gesetzes: „Die Protokollierung (durch die Distriktsverwaltungsbehörde) ersetzt . . ., wenn die Einigung in dem Sinn erfolgt, daß das Eigentum nicht im Wege der Enteignung übergehen, sondern durch Rechtsgeschäft übertragen werden soll, die nach Art. 14 des Not.G. und Art. 219 I AG. z. ZPO. u. KO. erforderliche Notariatsurkunde" (vgl. Becher, Materialien zu den AG. z. BGB. Bd. 2 S. 93); auch hier ist also offenbar nur an die Uebereignung von Grundstücken gedacht, auf die sich das Zwangsenteignungsverfahren bezieht. Dazu kommt die Fassung des Art. 55 (26) a. a. O.: Der „Einigung über die Abtretung" d. i. über den Uebergang des Eigentums von dem Abtretungspflichtigen an den Abtretungsberechtigten, also einem dinglichen Vertrage, steht gegenüber die Einigung „über die zu leistende Entschädigung", die Vereinbarung darüber, was der Abtretungsberechtigte zur Entschädigung des Pflichtigen zu leisten verbunden sein soll. Das ist lediglich die Begründung eines Schuldverhältnisses, dessen Inhalt in dem vorliegenden Falle darin besteht, daß das Eisenbahnärar die Verpflichtung übernimmt, Eigentum an Grundstücken zu übertragen. Die Leistung der Entschädigung ist etwas anderes als die Einigung über die zu leistende Entschädigung auch dann, wenn beides in einer und derselben Urkunde zum Ausdrucke kommt. Besteht die Leistung der Entschädigung wie in dem hier fraglichen Fall in der Uebereignung von Grundstücken, so bedarf sie der notariellen Form.

Amtsrichter Eckert in Nürnberg.

**Zuständigkeit für Volljährigkeitserklärungen. (Art. 2 bayer. AG. z. BGB.).** Wenn auch in der Mehrzahl der Fälle, in welchen es sich um sog. Persönlichkeitsrechte, d. h. um Rechtsverhältnisse handelt, die an die Persönlichkeit des Rechtssubjekts geknüpft sind, wie z. B. Geschäftsfähigkeit, Eherecht, Namensrecht u. dgl. auch in Ansehung der Zuständigkeit zur Verbescheidung von Gesuchen um Änderung dieser Verhältnisse das Personalstatut der Staatsangehörigkeit maßgebend ist, wie z. B. für Namensänderungsgesuche (§ 6 Abs. 1 § 16 Abs. 3 Nr. 1 Bek. vom 27. Dezember 1899 Namensänderungen betr., G.= u. VBl. 1899 S. 1241; JMBl. 1900 S. 853), bei Gesuchen um Ehelichkeitserklärung (§ 1723 Abs. 2 BGB.), um Befreiung von Ehehindernissen (§ 1322 BGB.), um Befreiung von den Erfordernissen des § 1744 BGB. (§ 1745 Abs. 2 BGB), so gilt doch diese Regel nicht für Volljährigkeitserklärungen; denn nach § 3 Abs. 1 BGB. erfolgt die Volljährigkeitserklärung durch Beschluß des Vormundschaftsgerichts. Welches Gericht für diese Verrichtung als Vormundschaftsgericht örtlich zuständig ist, ergibt sich aus § 43 FG. Hiernach ist zuständig dasjenige Amtsgericht, bei welchem eine Vormundschaft, Pflegschaft oder Beistandschaft anhängig ist oder im Falle des Bedürfnisses anhängig zu machen wäre, d. i. ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit in der Regel das Amtsgericht des Wohnsitzes oder Aufenthalts.[1]

Wenn nun auf Grund der Ermächtigung des Art. 147 EG. z. BGB. Art. 2 bayer. AG. z. BGB. bestimmt: „Für die Volljährigkeitserklärung ist das kgl. Staatsministerium der Justiz zuständig", so tritt eben das Staatsministerium der Justiz an die Stelle des — ohne diese Bestimmung — örtlich und sachlich zuständigen bayerischen Vormundschaftsgerichts und hat über die Volljährigkeitserklärung auch dann zu befinden, wenn der Gesuchsteller die bayerische Staatsangehörigkeit nicht besitzt. Dies wird bei den Amtsgerichten vielfach übersehen; insbesondere lassen diese vielfach außer acht, daß im Hinblick auf § 43 Abs. 2 FG. zur Begründung der Zuständigkeit des Justizministeriums für die Volljährigkeitserklärung eines Nichtbayern schon die Tatsache genügt, daß über ihn bei einem bayerischen Gericht eine Vormundschaft oder Pflegschaft anhängig ist. Es ist jedoch die Ermittlung der Staatsangehörigkeit des Gesuchstellers durch die das Gesuch behandelnden Behörden angezeigt, da es keineswegs unbestritten ist, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Person für volljährig erklärt werden kann, die keinem deutschen Bundesstaat angehört.[1]) Der Beibringung eines förmlichen Staatsangehörigkeitsausweises wird es allerdings nicht bedürfen, soferne keine Anhaltspunkte dafür bestehen, daß der Gesuchsteller Ausländer ist.

II. Staatsanwalt Meikel in München.

**§ 574 Absatz 2 der Zivilprozeßnovelle vom 5. Juni 1905 und § 45 des Gerichtskostengesetzes.** Durch den neu angefügten Abs. 2 des § 574 ZPO. wurde die Prüfung und Entscheidung über die Zulässigkeit einer gegen den Beschluß eines Oberlandesgerichts eingelegten Beschwerde diesem selbst übertragen und weiter bestimmt, daß, wenn die Beschwerde vom Oberlandesgerichte als unzulässig verworfen wird, der Beschwerdeführer binnen der Notfrist von einer Woche seit Zustellung des Beschlusses auf die Entscheidung des Beschwerdegerichts antragen kann. Geschieht dies, so wird hiedurch die Entscheidung des Oberlandesgerichts beseitigt; zur Erhebung einer Gebühr beim Oberlandesgerichte ist kein Anlaß gegeben. Beruhigt sich aber der Beschwerdeführer bei der Entscheidung des Oberlandesgerichtes, durch die seine Beschwerde als unzulässig verworfen wurde, so fragt es sich, ob für diesen Beschluß die Gebühr des § 45 GKG. geschuldet ist oder nicht. Pfafferoth kommt in einer Abhandlung abgedruckt in der JW. Nr. 14 vom 15. Juli 1905 Seite 419 ff. zur Bejahung dieser Frage, weil nach seiner Ansicht u. a. § 45 des GKG. ganz allgemein von der Entscheidung in der Beschwerdeinstanz spreche, wozu doch offenbar diejenige Entscheidung, welche auf Grund des Gesetzes die Beschwerde wenn auch nur als unzulässig abweist, zu rechnen sei. Dieser Ansicht Pfafferoths dürfte beizutreten sein und zwar noch aus folgenden Gründen:

Der § 45 des GKG. will 8/10 der Gebühr (§ 8) erhoben wissen für die Entscheidung, einschließlich des vorangegangenen Verfahrens, in der Beschwerde-

---

[1]) Es ist zu beachten, daß die M.B. vom 24. Dezember 1899, die Volljährigkeitserklärung betreffend, in § 1 vorschreibt, daß der Antrag beim Vormundschaftsgerichte zu stellen ist. Die in den übrigen Bekanntmachungen über Gesuche aus dem Gebiete des bürgerlichen Rechts sich findende Bestimmung der Zuständigkeit nach der Heimat fehlt hier.

[1]) Vgl. über diese Frage Staudinger=Loewenfeld Bem. 6 zu § 3 BGB., Kuhlenbeck Bem. 4 zu § 3 BGB., Scherer Bem. 2 zu §§ 3—5 BGB., Motive I S. 55.

instanz, soweit die Beschwerde als unzulässig verworfen wird rc. Da der § 45 l. c. nur eine Entscheidung des Beschwerdegerichts im Auge hat, wie auch Pfafferoth mit Recht annimmt, so fragt es sich vor allem, ob der oberlandesgerichtliche Beschluß als Entscheidung in der angerufenen Beschwerdeinstanz anzusehen ist.

Nach übereinstimmender Ansicht der Kommentatoren der ZPO. wird der Beginn der Instanz mit der Zustellung oder der hier in Betracht kommenden Einreichung der sie begründenden Prozeßhandlung (Klage, Berufung, Beschwerde) angenommen; es gehört sonach der oberlandesgerichtliche Beschluß auf Verwerfung der Beschwerde als unzulässig mit zur angerufenen Beschwerdeinstanz.

Der oberlandesgerichtliche Beschluß vertritt aber auch die Entscheidung des Beschwerdegerichts. Durch den bereits angezogenen Abs. 2 des § 574 ZPO. ist die Prüfung und Entscheidung über die Zulässigkeit der Beschwerde gegen eine Entscheidung des Oberlandesgerichts diesem übertragen. Dem Beschwerdeführer ist das Recht eingeräumt, binnen der Notfrist von einer Woche auf die Entscheidung des Beschwerdegerichtes anzutragen. Das Oberlandesgericht ist also, soweit die Prüfung und Entscheidung über die Zulässigkeit der Beschwerde in Betracht kommt, an die Stelle des zuständigen Beschwerdegerichtes gesetzt worden, allerdings mit der Einschränkung, daß es dem Belieben des Beschwerdeführers überlassen ist, ob er innerhalb der ihm vorgesteckten Frist die Entscheidung des Oberlandesgerichtes ausschalten will. Tut er dies nicht, so wird diese „Vorentscheidung" zur endgültigen rechtskräftigen Entscheidung über die Beschwerde.

Die oben bezeichneten Voraussetzungen des § 45 GKG. sind demnach gegeben; für den oberlandesgerichtlichen Beschluß sind nach dessen Rechtskraft 3/10 der Gebühr (§ 8) geschuldet. Die zutreffenden Falls gebotene Erhebung zweier Beschwerdegebühren für zwei Instanzen bei ein und demselben Gerichte ist freilich bisher dem Gerichtskostengesetze fremd gewesen; sie ist aber durch die Novelle zur ZPO. gerechtfertigt. Hätte der Gesetzgeber für den oberlandesgerichtlichen Beschluß Gebührenfreiheit gewähren wollen, so hätte der § 45 GKG. eine andere Fassung erhalten müssen. Daß aber eine Gebühr für den oberlandesgerichtlichen Beschluß geschuldet sein muß, geht schon daraus hervor, daß es ein Widerspruch wäre, wenn die Verwerfung der Beschwerde als unzulässig gebührenfrei wäre, die Zurücknahme aber mit 1/10 von 3/10 besteuert werden müßte.

Die weitere Ansicht Pfafferoths, daß der oberlandesgerichtliche Beschluß, wenn frist- und formgerecht auf die Entscheidung des Beschwerdegerichtes angetragen wird, als gebührenpflichtig noch in Frage kommt, kann nicht geteilt werden. Pfafferoth dürfte übersehen haben, daß bei rechtzeitigem und rechtsförmlichem Antrage auf gerichtliche Entscheidung der Beschluß des Oberlandesgerichts über die Zulässigkeit der Beschwerde vollständig beseitigt ist; das Beschwerdegericht dürfte auch nicht in der Lage sein, den oberlandesgerichtlichen Beschluß aufrecht erhalten zu können; es wird vielmehr ohne Rücksicht auf diesen nicht mehr existierenden Beschluß die Frage der Zulässigkeit entscheiden müssen; der Fall liegt nicht so, daß das Beschwerdegericht um Abänderung der Vorentscheidung angegangen werden müßte; das Beschwerdegericht wird um selbständige Entscheidung angegangen; mit dem Einlaufe des Antrages auf gerichtliche Entscheidung ist die Vorentscheidung beseitigt und, wie schon oben eingangs erwähnt, zur Erhebung einer Gebühr beim Oberlandesgerichte kein Anlaß gegeben. Hiedurch ist auch der von Pfafferoth konstruierte Streit über die Vereinnahmung der Beschwerde-Gebühr, ob zur Landes- oder Reichskasse, gegenstandslos.

Oberlandesgerichtssekretär Reger in Nürnberg.

**Zur Auslegung des § 389 StPO.** In einem Privatklageverfahren hat das Oberste Landesgericht die Revision als unzulässig zurückgewiesen, weil zur Begründung im wesentlichen tatsächliche Angriffe vorgebracht worden seien. Es fragt sich, ob diese Entscheidung nicht gegen § 389 StPO. verstößt. Die Revision kann nach § 376 a. a. O. nur darauf gestützt werden, daß das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruhe; durch § 380 ist außerdem noch eine weitere Beschränkung der Revision auf Verletzung des materiellen Rechtes aufgestellt, wenn es sich um Urteile der Landgerichte in der Berufungsinstanz handelt.

Hier kommt nur in Betracht, ob die Revisionsbegründung ausschließlich oder doch in der Hauptsache rechtliche Angriffe enthalten muß, oder ob es genügt, wenn überhaupt rechtliche Beanstandungen erhoben werden, wenn auch der sonstige Inhalt der Revisionsbegründung sonst unbeachtlich wäre. Im Gesetz findet sich für den vom Obersten Landesgericht aufgestellten Satz, daß die Revision auch dann unzulässig sei, wenn sie „im wesentlichen" auf Angriffe tatsächlicher Art gestützt wird, kein Anhalt. Der Wortlaut der Entscheidung ergibt, daß außer den tatsächlichen Angriffen auch solche anderer Natur vorgebracht worden sein müssen. Diese waren aber rechtlichen Inhalts. Es war gerügt die Verletzung der §§ 185, 193 StGB., weil die Freisprechung des Angeklagten erfolgt war, da eine strafbare Handlung nicht gegeben sei und weil sie außerdem damit begründet war, daß dem Angeklagten der Schutz des § 193 zur Seite stehe. Dieser Angriff war zweifellos rechtlicher Natur, denn die Gründe des Urteils waren widerspruchsvoll. Wenn nur überhaupt irgend welcher rechtliche Angriffspunkt in der Revisionsbegründung vorgebracht wird, so ist dem Gesetz genügt, es mögen daneben noch so weitgehende Angriffe tatsächlicher Art mitunterlaufen. Wesentlich ist eben nicht der tatsächliche, sondern der rechtliche Angriffspunkt; ist ein solcher vorhanden, so muß über ihn durch Urteil entschieden werden. Nur wenn überhaupt kein rechtlicher Angriff erhoben wird, wenn ausschließlich tatsächliche Beanstandungen geltend gemacht werden, darf die Revision durch Beschluß als unzulässig zurückgewiesen werden. Eine Zurückweisung, weil sich die Begründung im wesentlichen mit Tatfragen beschäftigt, kann nicht gebilligt werden.

Rechtsanwalt Dr. Fischer in Augsburg.

# Aus der Praxis der Gerichte.

## Reichsgericht.

### A. Zivilsachen.

I.

**Zu §§ 285, 326, 343 BGB., § 321 ZPO.** 1. Zur Nachfristsetzung für Auflassung (oder Entgegennahme der Auflassung) ist Angabe

eines Termins beim Grundbuchamte nötig. 2. Die Ermäßigung von Vertragsstrafen kann auch durch Einrede oder Replik verlangt werden. 3. § 321 ZPO. gilt nicht für bloße Verteidigungsmittel. Käufer klagt, will den Vertrag aufgehoben wissen und verlangt seine Anzahlung zu 3000 Mk. zurück. Der beklagte Verkäufer will auch Vertragsaufhebung, will aber die 3000 Mk. als Vertragsstrafe behalten. Beide werfen sich Erfüllungsverzug vor. Im wesentlichen siegte der Verkäufer.

Aus den Gründen: Kläger bekämpft die Verneinung eines Verzugs des Beklagten vor Juni 1903 und die Annahme der Wirkungslosigkeit der Nachfristsetzung vom 14. Mai 1903. Wollte man aber auch einen schon damals bestandenen Verzug des Beklagten zugeben und mag man die bestrittene Frage, ob die Nachfristsetzung schon mit der Mahnung verbunden werden kann (Entsch. Bd. 50 S. 255) dahingestellt sein lassen, jedenfalls wird die Entscheidung des Berufungsrichters dadurch getragen, daß die Nachfristsetzung vom 14. Mai 1903 keine Ladung vor Gericht zu einem bestimmten Auflassungstag enthielt und deshalb unwirksam blieb. Es genügt, weil zur Auflassung nach § 925 BGB. eine einseitige Handlung nicht ausreicht, nicht, daß allgemein Fristen zur Auflassung oder deren Entgegennahme gesetzt werden, sondern es ist dabei eine bestimmte Zeit für das Erscheinen des Gegners beim Grundbuchamt anzugeben oder der Gegner aufzufordern, selbst innerhalb der Nachfrist einen Termin zur Zusammenkunft beim Grundbuchamte zu bestimmen. (Entsch. Bd. 53 S. 70, 75). Der in der Klageschrift vom Kläger erklärte Rücktritt war somit ungerechtfertigt und da in ihm zugleich eine endgültige Erfüllungsweigerung des Klägers enthalten war, konnte der Beklagte vom Vertrage zurücktreten, ohne daß er selbst noch eine Nachfrist zur Entgegennahme der Auflassung setzen mußte. Da der Vertrag vom Kläger mit Unrecht, vom beklagten Verkäufer mit Recht aufgehoben wurde, könnte an sich ersterer nach §§ 327, 346 BGB. die Anzahlung von 3000 Mk. zurückfordern, dies wird aber durch § 5 des Kaufvertrags ausgeschlossen, weil er seine 2. Kaufgeldzahlung zu 1700 Mk. weder am 1. Mai 1903, als sie fällig war, noch innerhalb der ihm am 21. Juli 1903 gesetzten Frist von einer Woche geleistet hat ... Sonach kann der Beklagte die Rückzahlung der 3000 Mk. verweigern. Indessen ergibt sich hier ein Bedenken. Erst durch Berichtigung des Tatbestands des Berufungsurteils gelangte in diesen der Zusatz, daß der Kläger angeregt hat, die Vertragsstrafe herabzusetzen. Dieses Verlangen, das auch mit Einrede oder Replik erhoben werden kann (vgl. JW. 1903 Beil. S. 96), hat der Vorderrichter übergangen. Obschon, selbst wenn die Strafe gemindert würde, doch die Abweisung der Klage zu irgend einem Betrag unter 3000 Mk. aufrecht erhalten werden müßte, so kann doch das Revisionsgericht die Summe, auf welche die Strafe zu ermäßigen wäre, nicht bestimmen und es ist daher die Sache zurückzuverweisen. Die Vorschriften des § 321 ZPO. über Urteilsergänzung können auf ein Verteidigungsmittel wie das Verlangen der Ermäßigung keine Anwendung finden. (Urt. d. V. Z.-S. vom 5. April 1905.)

— — — r.

## II.

Zu § 459 ff. BGB. Für den Verkauf eines Geschäftes gelten die Grundsätze über die Gewährleistung nicht unbedingt. Unter „Eigenschaft einer Sache“ kann nicht nur ein gegenwärtiger sondern auch ein früherer Zustand einer Sache verstanden werden, der auf seine Fortdauer in der Zukunft schließen läßt.

Aus den Gründen: Die Vorschriften des BGB. über Gewährleistung (§§ 459—493) gelten ausschließlich für Sachen, d. h. für körperliche Gegenstände (§ 90 BGB.). Ausweislich des Vertrags vom ..... wurden die Kundschaft des Geschäfts und die Warenvorräte verkauft, ferner wurde ein Mietrecht abgetreten. Die nach der Feststellung des Berufungsrichters zugesicherte Tageseinnahme steht weder zu diesem Mietrecht noch zu den erwähnten Verkaufsobjekten im Verhältnis einer Sacheigenschaft. Schon deshalb ist ein Gewährleistungsanspruch nicht begründet. Doch kann dies dahingestellt bleiben. Denn jedenfalls ist die weitere Annahme des Berufungsrichters irrtümlich, daß den Klägern durch die Angaben über die Höhe der Tageseinnahmen eine Eigenschaft des verkauften Geschäftes zugesichert worden sei. Freilich muß Gegenstand der Zusicherung nicht eine gegenwärtige Eigenschaft sein. Es genügt, wenn sie sich auf vergangene Tatsachen und Verhältnisse, insbesondere auf Erträgnisse des Verkaufsgegenstands in früherer Zeit bezieht. Immerhin aber muß der frühere Zustand so beschaffen sein, daß sich sein Fortwirken unter unveränderten Verhältnissen unbedenklich annehmen läßt. Das ist hier nicht der Fall. Denn da der Beklagte seinen Zusicherungen über die Höhe der früheren Tageseinnahmen beigefügt hat, in den letzten Jahren sei das Geschäft schlechter gegangen, hat er ausgedrückt, daß die Verhältnisse schon zur Zeit des Kaufabschlusses nicht mehr unverändert waren. Damit entfällt die Möglichkeit, in ihnen Anhaltspunkte dafür zu finden, daß die Kläger darauf rechnen durften, den früheren Tagesverdienst zu erzielen. (Urt. des V. Z.-S. vom 10. Mai 1905.)

— — — r.

## III.

**Zu § 472 BGB. und § 328 I 5. A. Preuß. Ld.R.** Nur wenn der Wert der fehlerfreien Sache dem Kaufpreis gleichkommt, ist die Verhältnisrechnung des § 472 überflüssig. — Vertragskosten fallen nicht in den Minderwert.

Aus den Gründen: Ein außerhalb des Minderwerts der Sache liegender Schaden des Käufers kommt nicht in Betracht und daraus ergibt sich, daß im vorliegenden Falle die Mehrausgaben des Käufers an Stempel- und Umsatzsteuer ganz ausscheiden müssen, weil dadurch der Wert des gekauften Grundstücks nicht beeinflußt wird. Daß solche Kosten im Falle der Wandelung ersetzt werden müssen (BGE. 44, 250, vgl. § 467 BGB.), beruht auf einem Grunde, der für die Minderungsklage nicht zutrifft. Die übrigen in die Rechnung eingestellten Beträge für Reparaturkosten, Mietausfall während der Reparatur und bleibenden Minderwert (wegen Schwammverdachts) könnten allerdings unter gewissen Umständen den durch den Fehler hervorgerufenen Minderwert der Sache darstellen, aber nur dann, wenn der vereinbarte Kaufpreis dem wirklichen Wert der Sache in fehlerfreiem Zustande gleichkam und wenn weiter die angenommenen Reparaturkosten den Betrag nicht übersteigen, der aufgewendet werden müßte, um den Zustand herzustellen, den der Käufer zu erwerben glauben durfte. Daß diese Voraussetzungen hier vorliegen, läßt die Begründung des Berufungsrichters nicht ersehen. (Urt. V 530/04 v. 20. Mai 1905.)

— — — r.

## IV.

**Ist gegenüber einem abgestempelten Frachtbrief der Beweis zulässig, daß das Gut nur zur Verwahrung übernommen wurde?**

Aus den Gründen: Das Berufungsgericht geht mit Recht davon aus, daß nach Art. 8 des Internationalen Uebereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr der Frachtvertrag geschlossen ist, sobald das Gut mit dem Frachtbrief von der Versandstation zur Beförderung angenommen ist, daß der Datumstempel der Versandstation dem Frachtbriefe als Zeichen

der Annahme des Gutes aufgedrückt wird, daß die Abstempelung ohne Verzug nach vollständiger Auslieferung des Gutes zu erfolgen hat und daß der mit dem Stempel versehene Frachtbrief als Beweis für den Frachtvertrag dient. Hiernach ist dem Berufungsgericht darin beizustimmen, daß durch die vorliegenden Originalfrachtbriefe, welche die ordnungsmäßige Abstempelung vom 26. und 27. Februar 1898 aufweisen, der für die Klägerin zunächst erforderliche Nachweis, daß der Transportvertrag an diesen Tagen geschlossen wurde, geliefert ist. Unrichtig aber ist die weitere Annahme des Berufungsgerichtes, es sei durch die Abstempelung des Frachtbriefes bei der Versandstation der Abschluß des Frachtvertrages in diesem Zeitpunkt in so unwiderleglicher Weise bewiesen, daß dem abgestempelten Frachtbriefe gegenüber ein Nachweis, daß dies Gut nur zur vorläufigen Verwahrung und Einlagerung übernommen worden, gar nicht mehr statthaft sei. Einen Satz dieses Inhalts enthält der Art. 8 des Uebereinkommens nicht. Wie einerseits der Frachtvertrag auch beim Fehlen des Stempels durch Uebernahme des Gutes zur Beförderung nebst Frachtbrief in rechtsgültiger Weise geschlossen sein kann, so ist andererseits, auch wenn die vorgeschriebene Abstempelung des Frachtbriefes, vielleicht aus Versehen, erfolgt ist, doch noch der Gegenbeweis zulässig, daß eine Willenseinigung der Parteien über einen Beförderungsvertrag gleichwohl nicht erfolgt ist und den Beweis dieser Behauptung muß dann die widersprechende Partei gegenüber dem an sich vollbeweisenden abgestempelten Frachtbrief übernehmen (Urt. des I. Z.-S. v. 20. Mai 1905). ——— n.

V.

**Testamentsform** (§§ 2239 ff. BGB.). Die verstorbene Frau des Beklagten (Schwester der Klägerin), errichtete am 17. April 1903 gemeinsam mit dem Beklagten in ihrer Wohnung ein Testament vor einem Notare durch Uebergabe einer Schrift. Die Klägerin behauptet dessen Nichtigkeit, weil das Protokoll über die Errichtung der letztwilligen Verfügung schon vor der Verhandlung im Bureau des Notars in Abwesenheit der Erblasserin und der Zeugen bis auf die Namen der Zeugen vollendet und dann in der Wohnung der Erblasserin nur durch Einfügung der Bezeichnung der Zeugen vervollständigt worden sei. Dadurch sei gegen § 2239 BGB. verstoßen. Das Berufungsgericht wies die Klage ab; es hat die Behauptung der Klägerin über den Hergang bei der Testamentserrichtung für richtig erachtet, aber folgendes ausgeführt: Im Sinne des § 2239 BGB. gehöre zu der Verhandlung, während der die mitwirkenden Personen zugegen sein müssen, nicht die Niederschrift des Protokolls. Hiefür spreche, daß die Vorschriften über die Aufnahme des Protokolls (§ 2240) erst nach der Bestimmung, wonach die mitwirkenden Personen während der ganzen Verhandlung zugegen sein müssen, folgen und daß mangels entgegenstehender Bestimmungen der Natur der Sache nach Aufzeichnung und Art der Herstellung des Protokolls nur Sache der Urkundspersonen sei. Auch könne bei der Uebeinstimmung des Wortlauts der §§ 175—177 GFG. und der §§ 2240—2242 BGB. zur Verhandlung im Sinne des § 2241[1] das Niederschreiben des Protokolls so wenig gerechnet werden wie im Sinne des § 176[1] GFG. Ebendasselbe müsse, solange keine ausdrückliche Vorschrift entgegenstehe, von der „Verhandlung" im Sinne des § 2239 BGB. gelten. Allerdings genüge es im Falle des § 2239 nicht, daß die mitwirkenden Personen bei der Verlesung, Genehmigung und Unterzeichnung zugegen seien, sondern der Erblasser müsse in ihrer Gegenwart seine Erklärungen abgeben. Daß dies aber im vorliegenden Fall geschehen sei, in dem die Erklärung nur dahin gegangen sei, daß die übergebene Schrift den letzten Willen enthalte, werde durch das Protokoll — eine öffentliche Urkunde — erwiesen. Das Reichsgericht billigte das Urteil. Aus den Gründen: Freilich müssen die mitwirkenden Personen nicht nur bei der nach § 2242 erforderlichen Verlesung, Genehmigung und Unterzeichnung des Protokolls — wie im Falle des § 174 GFG. — sondern während der ganzen die Errichtung des Testaments betreffenden Verhandlung, insbesondere bei der mündlichen Erklärung des letzten Willens zugegen sein (§§ 2238, 2239 BGB.) Das Berufungsgericht verkennt dies nicht. Es hält jedoch für nachgewiesen, daß die Erblasserin in Gegenwart der mitwirkenden Personen vor der Verlesung die besondere Erklärung abgegeben habe, daß die übergebene Schrift ihren letzten Willen enthalte. Sofern die Testamentsverhandlung so geartet ist, daß die Zeugen aus ihr klar erkennen können, welchen Inhalt die nach § 2238 BGB. vom Erblasser selbständig abzugebende mündliche Erklärung hat, kann es nicht darauf ankommen, ob der Testamentsaufnahme ein schon niedergeschriebener Entwurf zugrunde gelegt wurde (Urt. d. IV. Z.-S. v. 31. Mai 1905). ——— n.

VI.

**Rechtsmittel gegen ein im Eheprozesse erlassenes Urteil, das unrichtigerweise als Versäumnisurteil bezeichnet ist.** Aus den Gründen: Das Urteil des Berufungsgerichts ist auf Grund einer Verhandlung erlassen worden, in der die Beklagte ausgeblieben war, und trägt die Bezeichnung „Versäumnisurteil". Es ist denn auch neben der Revision Einspruch gegen das Urteil eingelegt worden und es ist in dem zur Verhandlung bestimmten Termin beschlossen worden, das Verfahren bis zur Entscheidung des Reichsgerichts auszusetzen. Wäre das Urteil ein Versäumnisurteil, so wäre die Revision unzulässig. Fehlerhaft wäre dann das Verfahren des Berufungsgerichts allerdings gewesen, denn zufolge § 618 Abs. 5 ZPO. durfte ein Versäumnisurteil gegen die Beklagte nicht erlassen werden. Gleichwohl würde der Beklagten nach § 566 und § 513 Abs. 2 ZPO. nur der Einspruch zu Gebote stehen, da der Einspruch an sich statthaft wäre, deshalb aber das Urteil der Revision nicht unterläge (vgl. Gruchot, Beitr. 48 S. 640). Das Urteil ist aber kein Versäumnisurteil. Ein solches wäre es, wenn das Berufungsgericht nach § 542 Abs. 2 ZPO. das mündliche Vorbringen des Klägers für zugestanden erachtet und den Beweis für geführt angesehen hätte. Das ist nicht geschehen. Das Berufungsgericht hat den Sachverhalt geprüft, als ob die Beklagte erschienen gewesen wäre, und demgemäß erkannt. Daß im Versäumnisverfahren zu verhandeln und zu entscheiden sei, ist ausweislich der Akten keinem der Beteiligten in den Sinn gekommen. Ein Antrag auf Erlassung des Versäumnisurteils findet sich im Sitzungsprotokolle nicht, und das Urteil enthält keine Andeutung, daß im Versäumnisverfahren erkannt werde. Nur die Bezeichnung des Urteils ist fehlerhaft und das ist ohne Bedeutung. Das Verfahren des Berufungsgerichts ist einwandfrei. Die Beklagte war ordnungsmäßig geladen und es durfte daher auch bei ihrem Ausbleiben erkannt werden, da die Bestimmung in § 618 Abs. 2 ZPO. sich nur auf den ersten auf die Klage anberaumten Termin bezog. (Urt. d. IV. Z.-S. vom 31. Mai 1905.) ——— n.

---

B. Strafsachen.

I.

**Befindet sich ein Vollstreckungsbeamter, welcher eine Pfändung vorgenommen und den Versteigerungstermin bestimmt hat, in rechtmäßiger Ausübung seines Amtes, wenn er vor dem Termin den Schuldner nochmals zur Zahlung auffordert?** (§ 113 StGB.)

Aus den Gründen: Jede von einem Beamten

im Anschluß an oder in Beziehung auf frühere amtliche Tätigkeit vorgenommene Handlung muß bis zum Beweis des Gegenteils als in Ausübung seines Amtes erfolgt gelten und es streitet eine innere Vermutung für die Rechtmäßigkeit von Amtshandlungen. Insbesondere befindet sich ein Vollstreckungsbeamter, dem kraft seiner Dienstgewalt alle auf Befriedigung der Gläubiger abzielenden Maßregeln erlaubt sind, soweit nicht Gesetz, Verordnung oder Dienstvorschrift eine Schranke setzen, in rechtmäßiger Ausübung seines Amtes, wenn er in der Zeit zwischen Pfändung und Pfandverkauf den Schuldner unter Hinweis auf die sonst unausbleiblichen Folgen zur Zahlung mahnt, und etwas anderes hat B. gegenüber dem Angeklagten nicht getan; er war sonach mit rechtmäßiger Amtsausübung befaßt, als er von dem Angeklagten tätlich angegriffen wurde. (Urt. des I. St.-S. v. 19. April 1905.) B.

II.

**Das Schlußwort des § 257 darf nicht zu einer Beweisführung benutzt werden.**

Aus den Gründen: Das Gericht hat dem Verteidiger beim Schlußworte durch Beschluß die Benutzung der schriftlichen Meldung des Polizeisergeanten B. in einem weiteren Umfange, als diese zum Gegenstande der Verhandlung gemacht war, untersagt. Dies entsprach dem Gesetze. Das Schlußwort der Parteien nach § 257 StPO. hat sich in denselben Grenzen zu bewegen, welche durch §§ 260, 263 StPO. für die Urteilsfindung gezogen sind; wie das Urteil, so sind auch die Ausführungen der Parteien auf den „Inbegriff der Verhandlung" beschränkt. Das Schlußwort zu einer Beweisführung zu benutzen, wie solche vorliegend nach dem eigenen Vorbringen der Revision vom Verteidiger in Begründung seines Antrags auf Freisprechung bezweckt wurde, ist prozeßrechtlich ausgeschlossen. (Urt. des I. St.-S. v. 19. Juni 1905.) B.

III.

**Zum Begriffe der Entführung.** (§ 237 StGB.)

Aus den Gründen: Die Strafkammer stellt fest, der Angeklagte habe die minderjährige Sofie R. mit ihrem Willen, jedoch ohne Einwilligung ihres Vaters entführt, um sie zur Unzucht zu bringen, und gründet diese Feststellung darauf, daß der Angeklagte es dem Mädchen als verlockend vorgestellt habe, wenn sie sich von Hause entferne und in K. der gewerbsmäßigen Unzucht nachgehe, daß die R. sich habe überreden lassen, daß der Angeklagte nach K. vorausgefahren sei und auf seine Veranlassung sich sodann die R. nach K. begeben und sich dort mit Hilfe eines Freundes des Angeklagten eine Wohnung gemietet habe. Mit Recht rügt die Revision, daß der wiedergegebene Sachverhalt die Anwendung des § 237 StGB., insbesondere die Feststellung des Tatbestandsmerkmals der Entführung nicht rechtfertige. Nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch versteht man unter „entführen" eine Art des „Wegführens" oder „Fortführens", d. h. eine Handlung, durch welche der eine, der Führer, dem anderen, dem Geführten, eine tätige Hilfe leistet, um ihm das Verlassen eines bisher von ihm eingenommenen Ortes und das Aufsuchen eines anderen Ortes zu ermöglichen. Die Hilfe muß eine tätige sein im Gegensatze zu einer psychischen Einwirkung. Wer einen anderen durch Ueberredung, auch durch Verlockungen oder Versprechungen seelisch beeinflußt und auf diese Weise dazu veranlaßt, sich selbst ohne Hilfe oder Mitwirkung eines anderen von einem Orte nach einem anderen zu begeben, führt ihn nicht, mag er ihn auch zu dem Ortswechsel verführt haben. Der Begriff des Entführens im Strafgesetze hat keinen anderen, von dem gemeinen Sprachgebrauche abweichenden Sinn. Auch hier wird ein Mitnehmen, ein tätiges Einwirken und Helfen des Entführenden bei der Zurücklegung des Weges seitens des Entführten verlangt (Entsch. 6, 292), auch hier stellt sich ein bloßes Ueberreden, psychisches Beeinflussen, Veranlassen nicht geeignet dar, um den Begriff zu erfüllen. Im vorliegenden Falle hat die R. sich selbständig aus dem elterlichen Hause nach K. begeben, wohin der Angeklagte ihr allein vorausgefahren war. Auch in K. hat die R. sich selbst eine Wohnung gemietet. Eine tätige Mitwirkung des Angeklagten bei der Uebersiedelung der R. nach K. hat in keiner Weise stattgefunden. Der erwiesene Sachverhalt genügt also zur Anwendung des § 237 StGB. nicht. (Urt. des I. St.-S. v. 26. Juni 1905.) B.

---

## Oberstes Landesgericht.

### A. Zivilsachen.

I.

**Für die erbrechtlichen Wirkungen der Grundteilung des Bamberger Rechtes bleiben die bisherigen Gesetze maßgebend. Art. 200 EG. z. BGB.** Gründe: Die am 2. Februar 1905 ohne letztwillige Verfügung verstorbene Ehefrau K. Z. war in erster Ehe mit dem am 12. Januar 1899 in Bamberg verstorbenen H. R. verheiratet; aus dieser Ehe, deren Güterstand die allgemeine Gütergemeinschaft des Bamberger Rechtes war, sind fünf noch minderjährige Kinder hervorgegangen, zu deren Vormund J. R. bestellt ist. Vor der Wiederverheiratung der K. R. fand zwischen ihr und den Kindern, mit denen sie die Gütergemeinschaft fortgesetzt hatte, durch notariell beurkundeten Vertrag vom 7. April 1904 die Auseinandersetzung nach den Vorschriften des Bamberger Rechts mittelst Grundteilung statt. Am nämlichen Tage schloß sie mit A. Z. allgemeine Gütergemeinschaft. Aus der zweiten Ehe ist ein Kind vorhanden. Auf den Antrag des Witwers A. Z. und des Vormundes J. R. erteilte das Amtsgericht Bamberg als Nachlaßgericht am 28. Februar 1905 einen gemeinschaftlichen Erbschein des Inhalts, daß K. Z. kraft Gesetzes von ihrem Ehemann zu einem Vierteile und von den Kindern erster und zweiter Ehe zu drei Vierteilen beerbt worden sei. A. Z. legte Beschwerde mit dem Antrag ein, den Erbschein einzuziehen, indem er geltend machte, er sei nachträglich darüber belehrt worden, daß die Grundteilung vom 7. April 1904 die Ausschließung der erstehelichen Kinder von dem Nachlaß ihrer Mutter bewirkt habe, der erteilte Erbschein sohin unrichtig sei. Das Landgericht Bamberg hat mit Beschluß vom 17. Mai 1905 das Nachlaßgericht angewiesen, den Erbschein einzuziehen. Die hiegegen von dem Vormunde J. R. eingelegte weitere Beschwerde wurde zurückgewiesen.

Gründe: Die nach manchen älteren Rechten bei ehelicher und fortgesetzter Gütergemeinschaft in gewissen Fällen eintretende Grundteilung bildet ebenso wie die bei Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft nach den §§ 1497 bis 1502 BGB. stattfindende Auseinandersetzung zwischen dem überlebenden Ehegatten und den anteilsberechtigten Abkömmlingen einen Bestandteil des ehelichen Güterrechts (Planck, BGB. Bd. VI Bem. II Nr. 3 S. 357); ihre erbrechtlichen Wirkungen, die in einer Beschränkung des gesetzlichen Erbrechts der abgeteilten Kinder bestehen und ihren Grund darin haben, daß der den Kindern bei der Grundteilung zukommende Anteil an dem Gesamtgute zugleich als Abfindung in Ansehung des dereinstigen Nachlasses des überlebenden Ehegatten gilt, sind erbrechtliche Wirkungen des Güterstandes, die im Art. 200 Abs. 1 Satz 2 EG. z. BGB. für die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehenden Ehen ausdrücklich vorbehalten und, wie dort als selbstverständlich vorausgesetzt und im Art. 73 des Gesetzes vom 9. Juni 1899, Uebergangsvorschriften zum BGB. betreffend, ausgesprochen ist, auch für die Fälle unberührt geblieben sind, in welchen die Ehe schon vor dem Inkrafttreten des BGB. aufgelöst worden ist

(Fischer-Henle, BGB. 6. Aufl. Anm. 4 zu Art. 200 EG., Henle-Schneider, Die bayer. Ausf.G., Bem. 2 zu Art. 73 UebergG.). Nach dem Bamberger Landrechte T. 1 BO. 2 §2 S. 137 gelten die abgeteilten Kinder, mit denen der überlebende Ehegatte bei der Grundteilung das gemeinschaftliche Vermögen nach Köpfen zu teilen hatte, bei dem Zusammentreffen mit nicht abgeteilten Kindern als abgefunden und sie werden deshalb durch diese von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen (Roth-Becher, Bayer. Civilrecht, 2. Aufl., T. 3 Abt. 2 § 381 I 1, Pfeilschifter, Bamberger Landrecht S. 201). Da sohin den erstehelichen Kindern der K. Z. ein Erbrecht nicht zusteht, hat das Beschwerdegericht mit Recht die Einziehung des ihr Erbrecht bezeugenden Erbscheines vom 28. Februar 1905 angeordnet. (Beschl. I. Z.-S. Reg. III 31/1905 v. 8. Juni 1905.)

Mitgeteilt von E. Yblagger, Rat am Obersten Landesgerichte.

II.

**Bildet die Feststellung der Nichtigkeit nicht nur eines Kaufvertrages sondern auch der darin vereinbarten Uebertragung des Eigentums an dem verkauften Grundstück den Streitgegenstand, so ist als Wert des letzteren der Wert des Grundstücks anzusehen.** Gründe: Hätte der Rechtsstreit nur die Feststellung der Nichtigkeit des Kaufvertrags betroffen, wäre also nur die Feststellung beantragt worden, daß der Verkäufer nicht verpflichtet war, den Käufer zum Eigentümer des Anwesens zu machen, dem Verkäufer aber auch der Kaufpreis nicht gebührte, so möchte in Uebereinstimmung mit den reichsgerichtlichen Entsch. v. 7. Januar 1898 (Entsch. Bd. 40 Nr. 117 S. 407), vom 1. März 1898 (JW. 1898 S. 197 Nr. 1) und vom 3. Januar 1901 (JW. 1901 S. 57 Nr. 1) der Wert der Feststellung nach dem Interesse bestimmt werden, das der Verkäufer an der Feststellung hatte. Da aber auch die Nichtigkeit des Eigentumsübertragungsvertrages festgestellt werden sollte, so bildete insoweit den Gegenstand des Rechtsstreits die Frage, ob das Eigentum an dem Anwesen bei dem Verkäufer verblieben oder auf den Käufer übergegangen ist. Die Feststellungsklage hatte also das Eigentum an dem Anwesen zum Gegenstande, deshalb ist als der Wert des Streitgegenstandes der Wert des Anwesens anzusehen, und bei dessen Bestimmung bleibt die Belastung mit Hypotheken außer Betracht (Gaupp-Stein, Komm. z. ZPO. 6., 7. Aufl. Bd. 1 Nr. I, Nr. II bei Note 19 zum § 6). (Beschl. I. Z.-S. Reg. II 91/1905 vom 9. Juni 1905).

Mitgeteilt von E. Yblagger, Rat am Obersten Landesgerichte

B. Strafsachen.

**Gehört zum Tatbestande der Beihilfe zu einem Vergehen der Kontrebande nach § 134 des Vereinszollgesetzes die Kenntnis des Gehilfen von den Vorschriften dieses Gesetzes und den dazu erlassenen Verwaltungsvorschriften?** Aus den Gründen: Subjektiv setzt der Begriff der Beihilfe voraus, daß der Gehilfe von allen wesentlichen Begriffsmerkmalen der Haupttat Kenntnis hat und diese Tat fördern will (RG. Bd. 31 S. 35). Das Berufungsgericht nimmt an, E. habe bei Uebergabe des Bedarfszeugnisses an D. davon Kenntnis gehabt, daß D. auf dieses für sich Vieh zum Handel einführen wolle. Der subjektive Tatbestand des Vergehens der Kontrebande erfordert aber außer der Kenntnis der Umstände, auf Grund deren die Tat unter ein Einfuhrverbot fällt, auch den Willen des Täters, ein solches zu verletzen. Der Ausdruck in § 137 Abs. 2 des Vereinszollgesetzes „die Kontrebande beabsichtigen" bedeutet nichts anderes als „die Kontrebande wollen", und es reicht daher für den Tatbestand des § 134 aus, daß der Täter in dem Bewußtsein handelte, ein Einfuhrverbot zu verletzen (RG. Bd. 28 S. 114, 31 S. 415). Da nun der Gehilfe alle wesentlichen Begriffsmerkmale der Haupttat kennen muß, so muß ihm auch das erwähnte Bewußtsein des Täters bekannt sein. Das Berufungsgericht hat angenommen, es lasse sich nicht erweisen, daß E. Kenntnis von dem Einfuhrverbote gehabt habe. Es hat ihn daher der Beihilfe zu dem von D. verübten Vergehen nach § 328 StGB. für nichtschuldig erklärt. Dagegen hat es ihn eines Vergehens der Beihilfe zu einem Vergehen der Kontrebande schuldig befunden und angenommen, daß nach § 163 des Vereinszollgesetzes die Unbekanntschaft mit dessen Vorschriften und den dazu erlassenen Verwaltungsvorschriften niemandem zur Entschuldigung gereichen solle, demnach auch zur Bestrafung aus § 134 die Kenntnis der Strafnorm und der Verwaltungsvorschriften nicht erfordert werde. Diese Annahme ist irrtümlich. Die Kontrebande nach § 134 kann nur vorsätzlich begangen werden. Dieser Vorschrift kann § 163 nicht entgegenstehen, da nicht angenommen werden kann, daß dieser die Vorschrift des § 134 und die des § 137 Abs. 2, welche absichtliches Handeln bei der Kontrebande erfordern, wieder beseitigen sollte (vgl. RG. Bd. 19 S. 302, 28 S. 195, 31 S. 415). (Urt. vom 19. Juni 1905.) ——— n.

## Oberlandesgericht München.

**Auch der Hypothekgläubiger eines im Zwangsweg enteigneten Grundstückes ist berechtigt, gegen die Feststellung der Entschädigungssumme den Rechtsweg zu beschreiten.**

Aus den Gründen des oberlandesgerichtlichen Urteils, durch welches das erstinstanzielle die entgegengesetzte Ansicht vertretende Urteil aufgehoben wurde: A) Art. XIX des Gesetzes vom 17. Nov. 1837 bestimmte: „Wird die Abtretung .... nicht verweigert, oder ist über die Verweigerung .... ein rechtskräftiges Erkenntnis erlassen, und nur noch die Frage der .... Entschädigung streitig, so hat die Justizunterbehörde auf den Antrag eines Beteiligten vor allem eine gütliche Vereinigung zu versuchen u. s. w." Nach Art. XI erlöschen die auf dem Gegenstande ruhenden Hypotheken durch dessen Entwehrung und gehen die Forderungen auf die Entschädigungssumme über. Nach Art. XV hat die Distriktspolizeibehörde alle Beteiligten zu ermitteln. Hiernach ist auch den Hypothekgläubigern der Rechtsweg zur Herbeiführung des Ausspruches über die Höhe der Entschädigung eröffnet. (s. auch Art. XX.) Dementsprechend ist auch in Art. 6 d. EG. z. Bayr. PO. v. 29. April 1859 bestimmt, daß die Klage von jedem Beteiligten erhoben werden könne. In Aufhebung des Art. XIX d. Zwangsabtretungsges. und des Art. 6 d. EG. z. Bayr. PO. ist in Art. 46 AG. z. CPO. und KO. v. 23. Febr. 1897 angeordnet: „Wird die Abtretung nicht .... verweigert oder ist über die Verpflichtung .... ein rechtskräftiges Erkenntnis erlassen und unter den Beteiligten nur noch die Frage über die Art oder den Betrag der Entschädigung streitig, so hat auf Antrag des Abtretungsberechtigten die Feststellung im Wege der Schätzung durch die Distriktsverwaltungsbehörde zu erfolgen." Zu dem Verfahren sind nach Art. 47 „die Beteiligten" zu laden. Nach Art. 48 hat die Verwaltungsbehörde eine Einigung „unter den Beteiligten" zu versuchen und falls eine solche nicht zustande kommt, gemäß Art. 49 die Entschädigung festzusetzen. Hiernach findet das Administrativschätzungsverfahren zunächst nur auf Antrag des Abtretungsberechtigten statt. Wird jedoch die Einleitung nicht binnen 6 Monaten von der Anerkennung der Abtretungspflicht oder dem rechtskräftigen Erkenntnis an vom Abtretungsberechtigten beantragt, so ist der Abtretungspflichtige zum Antrag befugt. (Art. 46 Abs. 2.) Ersichtlich werden in Art. 46 aus den sämtlichen Beteiligten der Art. 46—49 der „Abtretungs-

berechtigte" und „Abtretungspflichtige" hervorgehoben. Weiter bestimmt Art. 50: „Gegen die Feststellung .... steht sowohl dem Abtretungspflichtigen als auch dem Abtretungsberechtigten .... die Betretung des Rechtswegs behufs richterlicher Entscheidung .... offen." Auch hier ist die Rede nur von dem Abtretungspflichtigen und dem Abtretungsberechtigten. Auf Grund der Bestimmungen der Art. 46 und 50 könnte die Anschauung Platz greifen, daß unter dem „Abtretungspflichtigen" nur der Eigentümer zu verstehen sei und demgemäß die anderen Beteiligten zum Rechtsweg nicht berechtigt seien. Allein schon ein Blick in die Motive lehrt anderes. (Verh. d. K. d. Abg. 1878/9 — Beil. Bd. V S. 207 ff.) Hienach soll nichts geändert werden (S. 208 u. 209 a. a. O.) 1. an den Grundprinzipien d. Ges. v. 17. Nov. 1837 (Art. I—IV), 2. an den Grundsätzen für Bemessung der Entschädigung (Art. V—XII), 3. an den Vorschriften, welche die Verhandlung und Entscheidung über die Frage, ob und in welchem Umfange die Abtretung zu erfolgen hat, den Administrativbehörden zuweisen (Art. XIII—XVIII). Dagegen soll eine Revision eintreten, indem an Stelle der Bestimmungen über Feststellung der Entschädigung Vorschriften treten, welche: 1. ermöglichen, daß der Abtretungsberechtigte rascher zur freien Verfügung über die Abtretungs-Objekte gelangt, 2. die Häufung unnötiger Prozesse ferne halten und den Abtretungsberechtigten von mutwillig veranlaßten Kosten befreien. Hiefür können nach den Motiven zwei Wege eingeschlagen werden. Der erste wäre Feststellung der Entschädigung auf dem Wege summarischen Verfahrens. Der zweite wäre, die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden dahin zu erweitern, daß zunächst durch sie die Entschädigung festzustellen ist; ferner zu bestimmen, daß den Beteiligten, welche mit den ermittelten Entschädigungen unzufrieden sind, der Rechtsweg offen bleibt. Der Entwurf entschied sich für den letzteren Weg. Unerläßlich ist nach den Motiven die Einhaltung nachstehender Grundsätze: 1. daß nach Feststellung der Abtretungspflicht und der Abtretungs-Objekte durch die Verwaltungsbehörde ein Termin zur Schätzung der Gegenstände, bezüglich deren die Entschädigung nicht durch Uebereinkunft bestimmt werden konnte, bestimmt, in diesem über etwaige besondere Verhältnisse von Schätzleuten nach Augenschein die Taxation nach Maßgabe der Grundsätze im Tit. II d. Ges. vom 17. Nov. 1837 zu Protokoll erklärt, und bei Meinungsverschiedenheit von der Verwaltungsbehörde die Entschädigung festgesetzt wird, 2. daß gegenüber dieser Feststellung jedem Beteiligten das Recht bleibt, innerhalb einer Frist den Rechtsweg zu betreten, um durch richterlichen Ausspruch eine Erhöhung oder Minderung zu erwirken. Hienach beabsichtigte der Entwurf, an der Berechtigung aller Beteiligten den Rechtsweg zu beschreiten, nichts zu ändern, obwohl Art. 50 des Entw. im Abs. 1 genau lautet wie Art. 50 Abs. 1 des Gesetzes. Zudem betont noch die Regierung in den Mot. zu Art. 50: „In diesem Art. ist dem schon begründeten Satz, daß die administrative Feststellung der Entschädigung keine definitive ist, sondern durch richterliche Entscheidung eine Aenderung erfahren kann, Ausdruck gegeben", d. h. der Wortlaut werde für entsprechend erachtet, um die Rechte der Beteiligten auf richterliches Gehör zu wahren! Eine andere Auffassung ist in den gesetzgeberischen Verhandlungen nirgends zutage getreten. Jede andere Auslegung würde „indessen eine Monstrosität begründen, welche der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann." Es ist dies von Hartmann (Ges. über Zwangsabtretung v. 17. Nov. 1837 S. 37 ff.) so schlagend und überzeugend nachgewiesen, daß auf die Ausführungen Bezug genommen werden kann. Wohl hätte das Gesetz einen anderen Ausdruck wählen können, allein es ist bekannt, daß die Gesetze verwaltungsrechtlichen Inhalts vielfach nicht die durch Wissenschaft und zivilistische Schulung gebotene korrekte Ausdrucksweise wählen. Aber es kann auch gesagt werden, daß „abtretungspflichtig" im weiteren Sinn jeder ist, dessen Recht durch die Abtretung beseitigt werden soll (vgl. Hartmann a. a. O. S. 78). Wie Henle (Zwangsenteignung von Grundeigentum in Bayern, 1890 S. 132 ff.) ausführt, ließ Art. XXIV Abs. 3 des Entw. v. 1837, der das administrative Entschädigungsverfahren vorgesehen hatte, seinem Wortlaut nach gleichfalls nur „dem Abtretungspflichtigen" den Rechtsweg offen, demnach ging man bei der Beratung in den Aussch. der K. d. RR. und d. Abg. davon aus, daß auch die Hypothekgläubiger das nämliche Recht haben sollten, „weil stets von der Vernehmung aller Beteiligten die Rede sei". Daher räumte der Ausschuß d. K. d. RR., welcher das administrative Schätzungsverfahren strich, in Art. XXI seiner Beschlüsse (Art. XX des Ges.) die Berufung gegen das die Entschädigung feststellende Erkenntnis ausdrücklich „sämtlichen Beteiligten" ein. Vorbild für die Fassung des Art. 50 Abs. 1 war nach Henle a. a. O. S. 133 Art. XXIV Abs. 3 des Entw. von 1837. Auch Henle kommt zu der von Hartmann vertretenen Auslegung des Gesetzes (a. a. O. S. 133), wie denn auch alle anderen Autoren dieser beigetreten sind. (Vgl. Böhm, Ges. v. 23. Febr. 1879 z. Ausf. der CPO. u. KO. in Gesetzg. d. Königr. Bayern, Bd. 10 S. 67, Seydel, Bayr. Staatsr., 2. Aufl., 2. Bd. S. 367, Roth-Becher, Bayr. Civilr., Tl. II. § 152 Note 85.) Diese Auslegung wird auch aus praktischen Gründen erfordert, weil sonst der Beteiligte des richterlichen Schutzes beraubt wäre, wenn der Eigentümer an den Schätzungsverhandlungen wenig Interesse hat und also keinen oder nur lässigen Anteil nimmt. (Henle a. a. O. S. 133.) Der Erstrichter meint, auch das administrative Verfahren biete dem Hypothekgläubiger genügenden Rechtsschutz. Dies kann nicht anerkannt werden: ausreichenden Rechtsschutz bietet nur der Richter. Eine Erschwerung des Rechtsweges in dem Sinne, daß der Kreis der Klageberechtigten eingeengt und nur dem Eigentümer der Rechtsweg offen stehen sollte, wollte das Gesetz nicht. Die Beschleunigung des Verfahrens ist durch die anderen Bestimmungen erzielt. Inwieferne die Bedeutung, welche von der Rechtsprechung der Versäumung der Frist beigelegt wird, gegen das Klagerecht des Hypothekgläubigers sprechen soll, ist unerfindlich. Der vom Erstrichter zur Begründung angezogene Beschluß des OLG. v. 5. Sept. 1891 (Slg. XIII, 481 ff.) spricht nur aus, daß in dem Falle, in dem der Abtretungspflichtige nicht den Rechtsweg beschritten hat, die festgesetzte Entschädigung feststeht. Damit ist gegen die Berechtigung des Hypothekgläubigers nichts entschieden, sondern es sind nur die Grenzen des Rechtes des Abtretungspflichtigen festgelegt. Mit der Frage, wer „Abtretungspflichtiger" sei, beschäftigt sich der Beschluß nicht. Die Ausführungen des Vertreters des Beklagten können das gefundene Ergebnis nicht beeinträchtigen. Er weist darauf hin, daß die Motive nicht ausschlaggebend seien. Dies ist selbstverständlich; daß sie aber einen Auslegungsbehelf bilden, ist ebenso selbstverständlich. Seine Unterscheidung zwischen den aufrechterhaltenen Grundprinzipien des Gesetzes „für die Bemessung der Entschädigung" (Art. V—XII), nach welchen die Gleichberechtigung des Eigentümers und der Nebenbeteiligten anerkannt ist, (Böhm a. a. O. S. 67), also zwischen der Entschädigungsfrage und dem Verfahren ist zutreffend, allein es ist nicht anzunehmen, daß das materielle Recht durch die Verfahrensvorschriften beseitigt oder eingeschränkt werden wollte. Er konstruiert ferner einen Unterschied der Rechtslage des Eigentümers und der in Art. II des Gesetzes aufgeführten Berechtigten einerseits und der Hypothekgläubiger andererseits in bezug auf die Be-

rechtigung zur Entschädigung, welcher Unterschied auch verschiedene Behandlung in bezug auf das Klagerecht rechtfertige. Diesem Unterschied liegt aber nur der Umstand zugrunde, daß die Rechte des Art. II im Werte des Grundstückes nicht enthalten sind, während der Wert der Hypotheken in ihm enthalten sein muß (Henle a. a. O. S. 98). Hienach erhält der Hypothekgläubiger keine selbständige Entschädigungssumme, sondern sein Anspruch auf Befriedigung geht auf die Entschädigungssumme über (Art. XI). Damit ist aber keine Einengung des Rechtes des Gläubigers im Vergleiche zu den anderen Berechtigten statuiert, noch weniger ist daraus etwas gegen sein Klagerecht zu folgern. Nach Meinung des Vertreters des Beklagten spricht Art. 54 AG. zur CPO. und KO. gegen das Klagerecht des Hypothekgläubigers. In Art. 54 seien die vorausgegangenen Bestimmungen für entsprechend anwendbar erklärt, wenn es sich um Rechte im Sinne des Art. II handle, zu letzteren gehöre das Recht des Gläubigers nicht. Daraus nun, daß das Gesetz es für erforderlich erachtet habe, den Rechten des Art. II den Schutz des Art. 50 ausdrücklich zu gewähren, folge, daß selbst *sie* ohne diese Bestimmung diesen Schutz nicht hätten. Folglich hätten die Hypothekgläubiger ihn nicht. Diese Auffassung ist irrig. Die Art. 46 ff. befassen sich zunächst nur mit der Frage Abtretung von Grundeigentum. Es war deshalb geboten, die Vorschriften über das Verfahren auch auf die Zwangsentäußerung unkörperlicher Rechte (Art. II, VI) auszudehnen. (Mot. a. a. O. S. 213 zu Art. 54.) Eine Zwangsentäußerung von Hypotheken in dem Sinne, daß für sie besondere Entschädigungen auszumitteln sind, gibt es nicht, weshalb eine Ausdehnung auf Hypotheken in Art. 54 des AG. nicht stattfinden konnte. Demnach wollte Art. 54 die in den vorausgehenden Artikeln dem Hypothekgläubiger gewährten Befugnisse nicht nehmen. Dieser ist darauf angewiesen, durch Herbeiführung einer entsprechenden Entschädigung für den Eigentümer seine Interessen zu wahren und weil ihm eine andere Möglichkeit nicht gegeben ist, darf ihm seine Befugnis nicht durch einengende Auslegung verkümmert werden.

B) Es fragt sich nun, ob nach der Aenderung des AG. durch Art. 166 AG. z. BGB. die für die frühere Zeit gefundene Auslegung unrichtig ist, so daß jetzt dem Hypothekgläubiger das Klagerecht zu versagen wäre. Den Ausführungen des Erstrichters kann nicht beigepflichtet werden. Vor allem kommt in Betracht, daß die Gesetzgebung von 1899 in bezug auf die Zwangsenteignung nur tätig wurde, um das durch Art. 109 EG. z. BGB. aufrechterhaltene Enteignungsgesetz dem BGB. anzupassen, ohne die Absicht, es materiell zu ändern. (Vgl. Becher, Mat., Abt. IV u. V, Bd. II S. 47, 152, 156, Bd. III S. 176 ff.) Der Art. 50 AG. z. CPO. u. KO. ist im Abs. 1 durch das AG. zum BGB. nicht geändert worden, er hat den Wortlaut wie früher. (Art. 21 Abs. 1. AG. z. CPO. u. KO., Fassung v. 26. Juni 1899.) Der Gesetzgeber kannte die Auslegung des Art. 50 AG., wollte er ihr entgegentreten, so mußte er den Wortlaut so fassen, daß eine als irrig erkannte Auslegung nicht mehr stattfinden konnte. In den Verhandlungen ist nicht zutage getreten, daß er die seitherige Auslegung mißbilligte oder eine sachliche Aenderung herbeiführen wollte. Schon deshalb fehlt es an einem Grunde, die Vorschrift anders auszulegen als früher. (Habel, AG. z. CPO. u. KO. zu Art. 21 Note 2.) Der Erstrichter meint jedoch, der Wortlaut sei nun derart zwingend, daß jede ausdehnende Interpretation scheitern muß. Das Gesetz unterscheide zwischen Abtretungsberechtigten einerseits und Abtretungspflichtigen und Beteiligten andererseits, weiter zwischen Abtretungspflichtigen einerseits und Beteiligten andererseits. Der Hypothekgläubiger sei lediglich „Beteiligter“. Spreche also das Gesetz von dem „Abtretungspflichtigen“, so sei darunter ein „Beteiligter“ nicht zu verstehen, Art. 21 AG. z. CPO. u. KO. gewähre aber das Klagerecht nur dem Abtretungspflichtigen, also nicht dem Beteiligten d. i. dem Gläubiger. Allein auch das Gesetz in der früheren Fassung unterschied zwischen diesen verschiedenen Kategorien, ohne hierin ein Hindernis zu finden, verschiedene Kategorien unter eine einheitliche Bezeichnung zu bringen. So sind unter den „Beteiligten“ des Art. 47 Abs. 2 AG. z. CPO. u. KO. zweifellos auch der Abtretungsberechtigte und der Abtretungspflichtige zu verstehen. (Henle a. a. O. S. 124.) Art. 48 spricht von „Beteiligten“, „Abtretungsberechtigen“, Abtretungsverpflichteten“ einmal unter Hervorhebung der beiden letzteren, das andermal unter Subsumtion der beiden letzteren unter *erstere*. Das Gesetz in der Fassung v. 26. Juni 1899 hat ebenfalls die vom Erstrichter behauptete strenge Scheidung nicht vorgenommen, wie sich aus Art. 18 u. 19 (früher 47 u. 48) ergibt. Wenn im Art. XV des Zwangsabtretungsgesetzes i. d. F. d. Art. 139 I AG. z. BGB. eine genauere Unterscheidung zwischen den einzelnen Kategorieen gemacht wird, so bietet diese keine Grundlage, das Gesetz in seiner Totalität nach dieser Unterscheidung auszulegen. Abgesehen hievon handelt es sich in Art. XV nur um formelle Vorschriften für das Vorverfahren, während Art. 21 (früher 50) AG. z. CPO. u. KO. materielle Berechtigungen begründet. Uebrigens kommt dem Art. XV die vom Erstrichter zugemessene Tragweite um deswillen nicht zu, weil die Aenderungen nur den Zweifel, ob unter den „Angerufenen“ im Sinne des Art. XV Satz 3 Ziff. 2 nur die Abtretungspflichtigen (Art. I, II Ziff. 2, IV Abs. 2) oder auch die übrigen Beteiligten zu verstehen seien, entscheiden sollten. Da die übrigen Beteiligten regelmäßig nicht an der Frage der Abtretungspflicht, sondern nur an der Höhe der Entschädigung interessiert seien, so schränkte der Entwurf die Ziff. 2 auf die Abtretungspflichtigen ein. (Becher, Mat. Abt. IV—V, Bd. II S. 48.) Das Gesetz wollte hienach den für Art. XV vorhandenen Zweifel durch Wahl eines jeden Zweifel ausschließenden Wortlautes beseitigen, ohne die Terminologie dieses Art. durchzuführen. In Art. 21 hat der Gesetzgeber trotz der einstimmigen erweiternden Auslegung es bei dem alten Wortlaut belassen. Die inneren Gründe für die erweiternde Auslegung sind die alten geblieben. Gerade in dem vorwürfigen Falle zeigt sich, wie rechtlos der Hypothekgläubiger gestellt wäre, wenn ihm das Klagerecht versagt würde, da der Eigentümer kein Interesse an der Sache hat und nichts tut. Allerdings wäre dies nicht von Bedeutung, wenn das Gesetz zu einer anderen Auslegung *zwingen* würde. Allein der Gesetzgeber hat diese Sachlage vor Augen gehabt (Henle a. a. O. S. 133), und wenn er einen derartigen Mißstand hintanhalten wollte, so wollte er auch das Mittel, d. i. Gewährung richterlichen Schutzes für den Gläubiger. Der Erstrichter stellt auf, daß auch im Falle des Art. 17 Abs. 2 AG. z. CPO. u. KO., (Fassung vom 26. Juni 1899), nur der Eigentümer die Einleitung des Schätzungsverfahrens beantragen kann; diese Aufstellung steht ebenso im Widerspruch zu der Auslegung des Art. $46^2$ a. F. (jetzt $17^2$), wie seine Auslegung des Art. 50 a. F. (jetzt 21) — (Henle a. a. O. S. 123, Habel a. a. O. S. 35 Note 6.) Die Begründung, der Hypothekgläubiger habe an der Einleitung des Schätzungsverfahrens kein Interesse, weil seine Hypothek bis zur Zwangsabtretung ungeschmälert fortdauere, ist unzutreffend, da der Gläubiger Interesse an der baldigen Hebung der Ungewißheit haben kann. Schließlich verweist Erstrichter auf das österr. Eisenbahnexpropriationsgesetz vom 18. Febr. 1878 und auf Art. 18 des bayer. Gesetzes betr. das Unschädlichkeitszeugnis vom 15. Juni 1898, um zu zeigen, daß das Klagerecht des Hypothekgläubigers nicht begriffsmäßig gefordert werde. Allein dieser Hinweis beweist zu

berechtigte“ und „Abtretungspflichtige“ hervorgehoben. Weiter bestimmt Art. 50: „Gegen die Feststellung .... steht sowohl dem Abtretungspflichtigen als auch dem Abtretungsberechtigten .... die Betretung des Rechtswegs behufs richterlicher Entscheidung .... offen.“ Auch hier ist die Rede nur von dem Abtretungspflichtigen und dem Abtretungsberechtigten. Auf Grund der Bestimmungen der Art. 46 und 50 könnte die Anschauung Platz greifen, daß unter dem „Abtretungspflichtigen“ nur der Eigentümer zu verstehen sei und demgemäß die anderen Beteiligten zum Rechtsweg nicht berechtigt seien. Allein schon ein Blick in die Motive lehrt anderes. (Verh. d. K. d. Abg. 1878/9 — Beil. Bd. V S. 207 ff.) Hienach soll nichts geändert werden (S. 208 u. 209 a. a. O.) 1. an den Grundprinzipien d. Ges. v. 17. Nov. 1837 (Art. I—IV), 2. an den Grundsätzen für Bemessung der Entschädigung (Art. V—XII), 3. an den Vorschriften, welche die Verhandlung und Entscheidung über die Frage, ob und in welchem Umfange die Abtretung zu erfolgen hat, den Administrativbehörden zuweisen (Art. XIII—XVIII). Dagegen soll eine Revision eintreten, indem an Stelle der Bestimmungen über Feststellung der Entschädigung Vorschriften treten, welche: 1. ermöglichen, daß der Abtretungsberechtigte rascher zur freien Verfügung über die Abtretungs-Objekte gelangt, 2. die Häufung unnötiger Prozesse ferne halten und den Abtretungsberechtigten von mutwillig veranlaßten Kosten befreien. Hiefür können nach den Motiven zwei Wege eingeschlagen werden. Der erste wäre Feststellung der Entschädigung auf dem Wege summarischen Verfahrens. Der zweite wäre, die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden dahin zu erweitern, daß zunächst durch sie die Entschädigung festzustellen ist; ferner zu bestimmen, daß den Beteiligten, welche mit den ermittelten Entschädigungen unzufrieden sind, der Rechtsweg offen bleibt. Der Entwurf entschied sich für den letzteren Weg. Unerläßlich ist nach den Motiven die Einhaltung nachstehender Grundsätze: 1. daß nach Feststellung der Abtretungspflicht und der Abtretungs-Objekte durch die Verwaltungsbehörde ein Termin zur Schätzung der Gegenstände, bezüglich deren die Entschädigung nicht durch Uebereinkunft bestimmt werden konnte, bestimmt, in diesem über etwaige besondere Verhältnisse von Schätzleuten nach Augenschein die Taxation nach Maßgabe der Grundsätze im Tit. II d. Ges. vom 17. Nov. 1837 zu Protokoll erklärt, und bei Meinungsverschiedenheit von der Verwaltungsbehörde die Entschädigung festgesetzt wird, 2. daß gegenüber dieser Feststellung jedem Beteiligten das Recht bleibt, innerhalb einer Frist den Rechtsweg zu betreten, um durch richterlichen Ausspruch eine Erhöhung oder Minderung zu erwirken. Hienach beabsichtigte der Entwurf, an der Berechtigung aller Beteiligten den Rechtsweg zu beschreiten, nichts zu ändern, obwohl Art. 50 des Entw. im Abs. 1 genau lautet wie Art. 50 Abs. 1 des Gesetzes. Zudem betont noch die Regierung in den Mot. zu Art. 50: „In diesem Art. ist dem schon begründeten Satz, daß die administrative Feststellung der Entschädigung keine definitive ist, sondern durch richterliche Entscheidung eine Aenderung erfahren kann, Ausdruck gegeben“, d. h. der Wortlaut werde für entsprechend erachtet, um die Rechte der Beteiligten auf richterliches Gehör zu wahren! Eine andere Auffassung ist in den gesetzgeberischen Verhandlungen nirgends zutage getreten. Jede andere Auslegung würde „indessen eine Monstrosität begründen, welche der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann.“ Es ist dies von Hartmann (Ges. über Zwangsabtretung v. 17. Nov. 1837 S. 37 ff.) so schlagend und überzeugend nachgewiesen, daß auf die Ausführungen Bezug genommen werden kann. Wohl hätte das Gesetz einen anderen Ausdruck wählen können, allein es ist bekannt, daß die Gesetze verwaltungsrechtlichen Inhalts vielfach nicht die durch Wissenschaft und zivilistische Schulung gebotene korrekte Ausdrucksweise wählen. Aber es kann auch gesagt werden, daß „abtretungspflichtig“ im weiteren Sinn jeder ist, dessen Recht durch die Abtretung beseitigt werden soll (vgl. Hartmann a. a. O. S. 78). Wie Henle (Zwangsenteignung von Grundeigentum in Bayern, 1890 S. 132 ff.) ausführt, ließ Art. XXIV Abs. 3 des Entw. v. 1837, der das administrative Entschädigungsverfahren vorgesehen hatte, seinem Wortlaut nach gleichfalls nur „dem Abtretungspflichtigen“ den Rechtsweg offen, demnach ging man bei der Beratung in den Aussch. der K. d. RR. und d. Abg. davon aus, daß auch die Hypothekgläubiger das nämliche Recht haben sollten, „weil stets von der Vernehmung aller Beteiligten die Rede sei“. Daher räumte der Ausschuß d. K. d. RR., welcher das administrative Schätzungsverfahren strich, in Art. XXI seiner Beschlüsse (Art. XX des Ges.) die Berufung gegen das die Entschädigung feststellende Erkenntnis ausdrücklich „sämtlichen Beteiligten“ ein. Vorbild für die Fassung des Art. 50 Abs. 1 war nach Henle a. a. O. S. 133 Art. XXIV Abs. 3 des Entw. von 1837. Auch Henle kommt zu der von Hartmann vertretenen Auslegung des Gesetzes (a. a. O. S. 133), wie denn auch alle anderen Autoren dieser beigetreten sind. (Vgl. Böhm, Ges. v. 23. Febr. 1879 z. Ausf. der CPO. u. KO. in Gesetzg. d. Königr. Bayern, Bd. 10 S. 67, Seydel, Bayr. Staatsr., 2. Aufl., 2. Bd. S. 367, Roth-Becher, Bayr. Civilr., Tl. II. § 152 Note 85.) Diese Auslegung wird auch aus praktischen Gründen erfordert, weil sonst der Beteiligte des richterlichen Schutzes beraubt wäre, wenn der Eigentümer an den Schätzungsverhandlungen wenig Interesse hat und also keinen oder nur lässigen Anteil nimmt. (Henle a. a. O. S. 133.) Der Erstrichter meint, auch das administrative Verfahren biete dem Hypothekgläubiger genügenden Rechtsschutz. Dies kann nicht anerkannt werden: ausreichenden Rechtsschutz bietet nur der Richter. Eine Erschwerung des Rechtsweges in dem Sinne, daß der Kreis der Klageberechtigten eingeengt und nur dem Eigentümer der Rechtsweg offen stehen sollte, wollte das Gesetz nicht. Die Beschleunigung des Verfahrens ist durch die anderen Bestimmungen erzielt. Inwieferne die Bedeutung, welche von der Rechtsprechung der Versäumung der Frist beigelegt wird, gegen das Klagerecht des Hypothekgläubigers sprechen soll, ist unerfindlich. Der vom Erstrichter zur Begründung angezogene Beschluß des OLG. v. 5. Sept. 1891 (Slg. XIII, 481 ff.) spricht nur aus, daß in dem Falle, in dem der Abtretungspflichtige nicht den Rechtsweg beschritten hat, die festgesetzte Entschädigung feststeht. Damit ist gegen die Berechtigung des Hypothekgläubigers nichts entschieden, sondern es sind nur die Grenzen des Rechtes des Abtretungspflichtigen festgelegt. Mit der Frage, wer „Abtretungspflichtiger“ sei, beschäftigt sich der Beschluß nicht. Die Ausführungen des Vertreters des Beklagten können das gefundene Ergebnis nicht beeinträchtigen. Er weist darauf hin, daß die Motive nicht ausschlaggebend seien. Dies ist selbstverständlich; daß sie aber einen Auslegungsbehelf bilden, ist ebenso selbstverständlich. Seine Unterscheidung zwischen den aufrechterhaltenen Grundprinzipien des Gesetzes „für die Bemessung der Entschädigung“ (Art. V—XII), nach welchen die Gleichberechtigung des Eigentümers und der Nebenbeteiligten anerkannt ist, (Böhm a. a. O. S. 67), also zwischen der Entschädigungsfrage und dem Verfahren ist zutreffend, allein es ist nicht anzunehmen, daß das materielle Recht durch die Verfahrensvorschriften beseitigt oder eingeschränkt werden wollte. Er konstruiert ferner einen Unterschied der Rechtslage des Eigentümers und der in Art. II des Gesetzes aufgeführten Berechtigten einerseits und der Hypothekgläubiger andererseits in bezug auf die Be-

rechtigung zur Entschädigung, welcher Unterschied auch verschiedene Behandlung in bezug auf das Klagerecht rechtfertige. Diesem Unterschied liegt aber nur der Umstand zugrunde, daß die Rechte des Art. II im Werte des Grundstückes nicht enthalten sind, während der Wert der Hypotheken in ihm enthalten sein muß (Henle a. a. O. S. 98). Hienach erhält der Hypothekgläubiger keine selbständige Entschädigungssumme, sondern sein Anspruch auf Befriedigung geht auf die Entschädigungssumme über (Art. XI). Damit ist aber keine Einengung des Rechtes des Gläubigers im Vergleiche zu den anderen Berechtigten statuiert, noch weniger ist daraus etwas gegen sein Klagerecht zu folgern. Nach Meinung des Vertreters des Beklagten spricht Art. 54 AG. zur CPO. und KO. gegen das Klagerecht des Hypothekgläubigers. In Art. 54 seien die vorausgegangenen Bestimmungen für entsprechend anwendbar erklärt, wenn es sich um Rechte im Sinne des Art. II handle, zu letzteren gehöre das Recht des Gläubigers nicht. Daraus nun, daß das Gesetz es für erforderlich erachtet habe, den Rechten des Art. II den Schutz des Art. 50 ausdrücklich zu gewähren, folge, daß selbst sie ohne diese Bestimmung diesen Schutz nicht hätten. Folglich hätten die Hypothekgläubiger ihn nicht. Diese Auffassung ist irrig. Die Art. 46 ff. befassen sich zunächst nur mit der Frage Abtretung von Grundeigentum. Es war deshalb geboten, die Vorschriften über das Verfahren auch auf die Zwangsentäußerung unkörperlicher Rechte (Art. II, VI) auszudehnen. (Mot. a. a. O. S. 213 zu Art. 54.) Eine Zwangsentäußerung von Hypotheken in dem Sinne, daß für sie besondere Entschädigungen auszumitteln sind, gibt es nicht, weshalb eine Ausdehnung auf Hypotheken in Art. 54 des AG. nicht stattfinden konnte. Demnach wollte Art. 54 die in den vorausgehenden Artikeln dem Hypothekgläubiger gewährten Befugnisse nicht nehmen. Dieser ist darauf angewiesen, durch Herbeiführung einer entsprechenden Entschädigung für den Eigentümer seine Interessen zu wahren und weil ihm eine andere Möglichkeit nicht gegeben ist, darf ihm seine Befugnis nicht durch einengende Auslegung verkümmert werden.

B) Es fragt sich nun, ob nach der Aenderung des AG. durch Art. 166 AG. z. BGB. die für die frühere Zeit gefundene Auslegung unrichtig ist, so daß jetzt dem Hypothekgläubiger das Klagerecht zu versagen wäre. Den Ausführungen des Erstrichters kann nicht beigepflichtet werden. Vor allem kommt in Betracht, daß die Gesetzgebung von 1899 in bezug auf die Zwangsenteignung nur tätig wurde, um das durch Art. 109 EG. z. BGB. aufrechterhaltene Enteignungsgesetz dem BGB. anzupassen, ohne die Absicht, es materiell zu ändern. (Vgl. Becher, Mat., Abt. IV u. V, Bd. II S. 47, 152, 156, Bd. III S. 176 ff.) Der Art. 50 AG. z. CPO. u. KO. ist im Abs. 1 durch das AG. zum BGB. nicht geändert worden, er hat den Wortlaut wie früher. (Art. 21 Abs. 1. AG. z. CPO. u. KO., Fassung v. 26. Juni 1899.) Der Gesetzgeber kannte die Auslegung des Art. 50 AG., wollte er ihr entgegentreten, so mußte er den Wortlaut so fassen, daß eine als irrig erkannte Auslegung nicht mehr stattfinden konnte. In den Verhandlungen ist nicht zutage getreten, daß er die seitherige Auslegung mißbilligte oder eine sachliche Aenderung herbeiführen wollte. Schon deshalb fehlt es an einem Grunde, die Vorschrift anders auszulegen als früher. (Habel, AG. z. CPO. u. KO. zu Art. 21 Note 2.) Der Erstrichter meint jedoch, der Wortlaut sei nun derart zwingend, daß jede ausdehnende Interpretation scheitern muß. Das Gesetz unterscheide zwischen Abtretungsberechtigten einerseits und Abtretungspflichtigen und Beteiligten andererseits, weiter zwischen Abtretungspflichtigen einerseits und Beteiligten andererseits. Der Hypothekgläubiger sei lediglich „Beteiligter“. Spreche also das Gesetz von dem „Abtretungspflichtigen“, so sei darunter ein „Beteiligter“ nicht zu verstehen, Art. 21 AG. z. CPO. u. KO. gewähre aber das Klagerecht nur dem Abtretungspflichtigen, also nicht dem Beteiligten d. i. dem Gläubiger. Allein auch das Gesetz in der früheren Fassung unterschied zwischen diesen verschiedenen Kategorien, ohne hierin ein Hindernis zu finden, verschiedene Kategorien unter eine einheitliche Bezeichnung zu bringen. So sind unter den „Beteiligten“ des Art. 47 Abs. 2 AG. z. CPO. u. KO. zweifellos auch der Abtretungsberechtigte und der Abtretungspflichtige zu verstehen. (Henle a. a. O. S. 124.) Art. 48 spricht von „Beteiligten“, „Abtretungsberechtigen“, Abtretungsverpflichteten“ einmal unter Hervorhebung der beiden letzteren, das andermal unter Subsumtion der beiden letzteren unter erstere. Das Gesetz in der Fassung v. 26. Juni 1899 hat ebenfalls die vom Erstrichter behauptete strenge Scheidung nicht vorgenommen, wie sich aus Art. 18 u. 19 (früher 47 u. 48) ergibt. Wenn im Art. XV des Zwangsabtretungsgesetzes i. d. F. d. Art. 139 I AG. z. BGB. eine genauere Unterscheidung zwischen den einzelnen Kategorieen gemacht wird, so bietet diese keine Grundlage, das Gesetz in seiner Totalität nach dieser Unterscheidung auszulegen. Abgesehen hievon handelt es sich in Art. XV nur um formelle Vorschriften für das Vorverfahren, während Art. 21 (früher 50) AG. z. CPO. u. KO. materielle Berechtigungen begründet. Uebrigens kommt dem Art. XV die vom Erstrichter zugemessene Tragweite um deswillen nicht zu, weil die Aenderungen nur den Zweifel, ob unter den „Angerufenen“ im Sinne des Art. XV Satz 3 Ziff. 2 nur die Abtretungspflichtigen (Art. I, II Ziff. 2, IV Abs. 2) oder auch die übrigen Beteiligten zu verstehen seien, entscheiden sollten. Da die übrigen Beteiligten regelmäßig nicht an der Frage der Abtretungspflicht, sondern nur an der Höhe der Entschädigung interessiert seien, so schränkte der Entwurf die Ziff. 2 auf die Abtretungspflichtigen ein. (Becher, Mat. Abt. IV—V, Bd. II S. 48.) Das Gesetz wollte hienach den für Art. XV vorhandenen Zweifel durch Wahl eines jeden Zweifel ausschließenden Wortlautes beseitigen, ohne die Terminologie dieses Art. durchzuführen. In Art. 21 hat der Gesetzgeber trotz der einstimmigen erweiternden Auslegung es bei dem alten Wortlaut belassen. Die inneren Gründe für die erweiternde Auslegung sind die alten geblieben. Gerade in dem vorwürfigen Falle zeigt sich, wie rechtlos der Hypothekgläubiger gestellt wäre, wenn ihm das Klagerecht versagt würde, da der Eigentümer kein Interesse an der Sache hat und nichts tut. Allerdings wäre dies nicht von Bedeutung, wenn das Gesetz zu einer anderen Auslegung zwingen würde. Allein der Gesetzgeber hat diese Sachlage vor Augen gehabt (Henle a. a. O. S. 133), und wenn er einen derartigen Mißstand hintanhalten wollte, so wollte er auch das Mittel, d. i. Gewährung richterlichen Schutzes für den Gläubiger. Der Erstrichter stellt auf, daß auch im Falle des Art. 17 Abs. 2 AG. z. CPO. u. KO., (Fassung vom 26. Juni 1899), nur der Eigentümer die Einleitung des Schätzungsverfahrens beantragen kann; diese Aufstellung steht ebenso im Widerspruch zu der Auslegung des Art. $46^2$ a. F. (jetzt $17^2$), wie seine Auslegung des Art. 50 a. F. (jetzt 21) — (Henle a. a. O. S. 123, Habel a. a. O. S. 35 Note 6.) Die Begründung, der Hypothekgläubiger habe an der Einleitung des Schätzungsverfahrens kein Interesse, weil seine Hypothek bis zur Zwangsabtretung ungeschmälert fortdauere, ist unzutreffend, da der Gläubiger Interesse an der baldigen Hebung der Ungewißheit haben kann. Schließlich verweist Erstrichter auf das österr. Eisenbahnexpropriationsgesetz vom 18. Febr. 1878 und auf Art. 18 des bayer. Gesetzes betr. das Unschädlichkeitszeugnis vom 15. Juni 1898, um zu zeigen, daß das Klagerecht des Hypothekgläubigers nicht begriffsmäßig gefordert werde. Allein dieser Hinweis beweist zu

viel. Das Gesetz kann das Klagerecht selbstverständlich versagen, wenn es will. Uebrigens ist ein ausländisches Gesetz, das nicht auf der Grundlage unseres Rechtslebens ruht, zur Auslegung eines bayer. Gesetzes schwerlich anwendbar, während die Bezugnahme auf das bayer. Gesetz verfehlt ist, weil dieses an Stelle des Klagerechtes anderweitige gerichtliche Garantie für den Hypothekgläubiger gewährt. (Art. 1 ff. des Gesetzes.) (Urt. vom 3. Juli 1905.) W.

---

## Landgericht München I.

### I.

**§ 57 Abs. 4 KrVG. und § 136 Gew.UG.** Eine in einem Sägewerke bedienstete Taglöhnerin, die auch die Aufgabe hatte, während der Arbeitszeit Bier für die Arbeiter zu holen, wurde hiebei auf dem Lagerplatze des Werkes von den zum Schutze dort gehaltenen, zufällig freilaufenden Hunden gebissen. Die Ortskrankenkasse hatte für die Taglöhnerin infolge der durch diesen Unfall entstandenen vierzehntägigen Arbeitsunfähigkeit 24 Mk. Auslagen. Sie verlangte dann Ersatz von dem Betriebsunternehmer. Das Amtsgericht gab der Klage statt, das Landgericht hob das Urteil auf und wies die Klage ab.

Aus den Gründen: Es liegt ein Betriebsunfall der Taglöhnerin im Sinne des § 1 Gew.UG. vor; das Bierholen bildete eine Beschäftigung der Taglöhnerin beim Betriebe, der Unfall erfolgte auf der Betriebsstätte, er stand im ursächlichen Zusammenhange mit dem Betriebe und dessen Gefahr, weil die Hunde als Schutzhunde zur Betriebseinrichtung gehörten und als solche ihrer Natur und Bestimmung nach eine Gefahr des Betriebes bildeten. Die Taglöhnerin war eine versicherungspflichtige Arbeiterin im Sinne des § 1 Gew.UG. und auch versichert. Hiernach ist die Anwendbarkeit des § 57 Abs. 4 KrVG. ausgeschlossen, weil beim Vorliegen eines Betriebsunfalles die Krankenkasse, ebenso wie die Berufsgenossenschaft nur den eigenen Schadensersatzanspruch nach § 136 Gew.UG. hat und nicht den übergegangenen Ersatzanspruch des Verletzten gegen den Betriebsunternehmer, und ein solcher Schadensersatzanspruch ohne eine strafrechtlich feststellbare, mindestens fahrlässige, Verursachung des Unfalles durch den Betriebsunternehmer überhaupt nicht gegeben ist, insbesondere nicht in den Fällen zivilrechtlicher Haftung ohne Verschulden nach § 833, 836 BGB. Der Klageanspruch ist auch auf Grund des § 57 Abs. 4 KrVG. nicht begründet, weil nach diesem nur der entstandene zivilrechtliche Ersatzanspruch des Verletzten gegen den Betriebsunternehmer übergehen kann, beim Vorliegen eines Betriebsunfalles aber für den Verletzten gegen den Betriebsunternehmer ein solcher Ersatzanspruch nur unter den Voraussetzungen des § 135 Gew.UG. entstehen kann. Die Voraussetzungen des § 135 liegen aber im gegebenen Falle ebenso wie die des § 136 Gew.UG. nicht vor. (Urt. vom 4. Mai 1905.)

Mitgeteilt von Landgerichtsrat Vogel in München.

### II.

**Zu Art. 127—134, 136 AG. z. ZPO. u. KO., § 800 ZPO.** Nach Notariatsurkunde vom 9. März 1903 traf N. bezüglich des auf seinem Anwesen in M. für die B.sche Bank eingetragenen Darlehens neue Zins- und Zahlungsbestimmungen und unterwarf sich hiewegen im Sinne des § 800 ZPO. der Zwangsvollstreckung mit dem Antrage, diese Unterwerfung im Grundbuche einzutragen, sobald es für das Pfandbesitztum als angelegt gelte. Nach diesem Zeitpunkte beantragte die Bank die Eintragung der Unterwerfungserklärung. Das Grundbuchamt wies den Antrag mit der Begründung zurück, daß die Eintragung unzulässig und überflüssig sei, da die Unterwerfungserklärung unter der Herrschaft des alten Rechts bei einer altrechtlichen Hypothek abgegeben worden sei und die Vorschrift des § 800 ZPO. die Geltung des Grundbuchrechtes voraussetze, und überdies die Bestimmungen der Art. 127—134, 136 AG. z. ZPO. u. KO., welche durch Art. VIII EG. zur Zivilprozeßnovelle und Art. 166 AG. z. BGB. für die bei der Vollendung der Grundbuchanlegung bestehenden Hypotheken in Kraft geblieben seien, die Vollstreckbarkeit der altrechtlichen Hypothekurkunden auch gegen den dritten Besitzer des belasteten Grundstücks ermöglichten. Auf die Beschwerde der Bank hat das Beschwerdegericht am 4. August 1905 — Beschw.-Reg. Nr. 458/05 — die Entscheidung aufgehoben und das Grundbuchamt zum Vollzuge der Eintragung aus folgenden Gründen angewiesen: „Die Zwangsvollstreckungsunterwerfung nach §§ 794 Nr. 5, 800 ZPO. ist eine über den Begriff der Hypothek gehende Mehrbelastung des Grundstücks. Sie bewirkt eine Vollstreckungserleichterung. Die Wirksamkeit der Klausel gegenüber dem Sondernachfolger ist davon abhängig gemacht, daß die Unterwerfung in das Grundbuch eingetragen ist. (Oberneck, Reichsgrundbuchrecht III. Aufl. Bd. I S. 727 ff., Oberstes Landesgericht, N. Slg. Bd. 2 S. 576, Bd. 3 S. 439, Bd. 4 S. 150, insbes. S. 153, Hahn-Mugdan, Mat. Bd. 8 S. 150, Zeitschr. f. d. Not. in Bayern 1905 S. 48 ff.) Die Unterwerfungserklärung im Sinne des § 800 ZPO. ist nur eintragungsfähig, wenn das Grundbuch angelegt ist. Sie muß zu einer unter der Herrschaft des Grundbuchrechts wirksamen, übergeleiteten oder neurechtlich bestellten Hypothek abgegeben worden sein. Der Nachweis der dinglichen Einigung ist zur Eintragung nicht erforderlich; es genügt, wenn eine Eintragungsbewilligung des Eigentümers, der sich der Vollstreckung unterworfen hat, vorliegt. (Oberstes Landesgericht, Neue Folge Bd. 4 S. 150 ff.) Diese Voraussetzungen sind hier gegeben. Mit der am 1. Mai 1905 erfolgten Vollendung der Grundbuchordnung ist die Hypothek der Bank gemäß Art. 192 EG. z. BGB. in eine neurechtliche Hypothek — Buchpfand — übergeleitet worden. Die Unterwerfung im Sinne des § 800 ZPO. konnte schon vorher wirksam erklärt und die Eintragungsbewilligung auf den fraglichen Zeitpunkt gestellt werden. Mit der Umwandlung der Hypothek zu einer des neuen Rechts ist die Unterwerfungserklärung zu dieser neurechtlichen Hypothek wirksam und eintragungsfähig geworden. Der Eintragungsantrag ist an irgend welchen Vorbehalt nicht geknüpft und daher sofort vollzugsfähig (§§ 16, 19 GBO., § 571 d. A.). Ob und welche Vollstreckungsmöglichkeiten dem Hypothekgläubiger daneben noch aus den für die altrechtlichen Hypothekurkunden aufrechterhaltenen Bestimmungen zustehen, ist für die Entscheidung gleichgültig; dem Hypothekgläubiger ist nicht verwehrt, das für ihn nach § 800 ZPO. begründete und wirksame Vollstreckungsrecht sich durch buchsmäßige Eintragung zu sichern."

Mitgeteilt von Landgerichtsrat Karl Meyer in München.

---

## Literatur.

**Lucas, Dr. Hermann**, Wirklicher Geheimer Oberjustizrat und Ministerialdirektor in Berlin. Anleitung zur strafrechtlichen Praxis. Ein Beitrag zur Ausbildung unserer jungen Juristen und ein Ratgeber für jüngere Praktiker. 1. Teil. Das formelle Strafrecht. 2. Auflage. Berlin 1905, Otto Liebmann. Brosch. Mk. 8.—. Gebd. Mk. 9.—.

Es gibt Bücher, nach deren Prüfung man dem Verfasser die Hand schütteln und dafür danken möchte, daß er das Buch geschrieben hat. Zu diesen leider recht seltenen Büchern gehört das vorliegende. Es ist geeignet, dem jungen Juristen einen Einblick in die

ihm in der Regel, wenn er die Universität verläßt, noch so fremde und unvertraute Durchführung des Strafrechts zu geben, von dem er bis dahin nur mit Mühe und Verdruß eine Reihe von Begriffen und Vorschriften seiner Kenntnis einverleibt hat. Da geht es ihm dann wie dem Lehrling, der unter der Hand des Meisters aus einem Gewirr von Rädern, Kolben und Zapfen staunend einen kunstvollen Mechanismus erstehen sieht. Freilich muß es ein erfahrener Meister sein, der das Ineinandergreifen der Getriebe klar und durchsichtig darzustellen, das Wichtige vom Bedeutungslosen sicher zu scheiden, das Formale, das in solchen Fällen gern überwuchert, in den richtigen Grenzen zu halten, den nicht selten spröden Stoff in fesselnde Gestalt zu bannen versteht. Ich kenne kaum ein Buch, bei dem dies mehr zuträfe, als bei dem vorliegenden. Ich möchte es allen, die noch nicht selbst erprobt haben, wie schön und reich die Aufgaben des Kriminalisten sind, zur Klärung ihres häufig so falschen Urteils warm empfehlen, aber auch der erfahrene Kriminalist wird in dem Buche neben dem Genusse, den es ihm durch die lichtvolle Behandlung seines Schaffensgebietes gewährt, vielfache Anregung zur Vertiefung seiner Auffassung und zur Beachtung von vielem, was ihm trotz aller Sorgfalt entgangen ist, gewinnen.

Oberamtsrichter Miß.

**Menzinger, Dr. L.**, rechtsk. Magistratsrat und **Prenner, Dr. J. B.**, Gerichtsrat. Gewerbegerichtsgesetz in der Fassung vom 29. September 1901. Zweite umgearbeitete und ergänzte Auflage. München 1905, C. H. Becksche Verlagsbuchhandlung (Oskar Beck). Gebd. Mk. 2.20.

Die Vorzüge der rasch vergriffenen ersten Auflage des bei Theoretikern und Praktikern gleich beliebten Buches sind in der vorliegenden zweiten Auflage insbesondere für den Praktiker durch die vollständige Berücksichtigung der bisherigen einschlägigen Rechtsprechung vermehrt worden. Noch weniger wie in der alten Gestalt bedarf das Buch in der neuen einer Empfehlung; es empfiehlt sich selbst. Kl.

**Schröder, Erich**, Landgerichtsrat, Grundbuchentscheidungen nebst Bemerkungen aus der Praxis und Verweisungen auf die Literatur. Bd. IV. Leipzig 1905, Dieterichsche Verlagsbuchhandlung (Theodor Weicher). Brosch. Mk. 5.40, gebd. Mk. 6.—.

Die Hochflut der literarischen Erscheinungen über das neue bürgerliche Recht geht allmählich zurück und mehr und mehr fällt die Aufgabe des Ausbaues und der Fortentwicklung der Vorschriften des neuen Rechts der Rechtsprechung und die Bedeutung der Entscheidungssammlungen wächst damit im gleichen Maße. Die vorliegende Sammlung umfaßt die gesamte bisher veröffentlichte Rechtsprechung in Grundbuchsachen seit dem Inkrafttreten des neuen Rechts. Es sind zu diesem Behufe auch die sämtlichen in den früheren Bänden enthaltenen Entscheidungen kurz wiederholt. Sie sind nach dem System der einzelnen einschlägigen Gesetze übersichtlich geordnet. Auch die in den größeren juristischen Zeitschriften enthaltene Literatur ist eingehend berücksichtigt. Das Buch ist hienach, zumal jetzt bei Einführung des neuen Grundbuchsrechts, ein wertvolles Hilfsmittel für die Praxis. Amtsrichter Dr. Koch.

**Fischer**, Landgerichtsrat in Gnesen, Das Verfahren der Zwangsversteigerung nach dem Reichsgesetze über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung vom 24. März 1897, an einem Rechtsfalle dargestellt. 3. verbesserte Aufl. Berlin 1903 (Franz Vahlen). Brosch. Mk. 1.60.

Das knapp, aber doch verständlich gefaßte Büchlein veranschaulicht dem Praktiker den Gang des Verfahrens nach dem neuen Reichsrecht in dem typischen Falle der Zwangsversteigerung eines Grundstücks mit verschiedenartiger Belastung durch Formulierung aller hierbei vorkommenden Anträge, Anmeldungen, Entscheidungen, Verfügungen, Protokolle ꝛc., unter Anfügung von Erläuterungen und Anführung der einschlägigen Gesetzesstellen in Form von Anmerkungen. Wenn auch auf die preußischen Verhältnisse und Ausführungsvorschriften zugeschnitten, bietet das Buch doch zweifellos auch den bayerischen Notaren und Vollstreckungsrichtern ein gutes Hilfsmittel für die praktische Anwendung des Reichsgesetzes. Es erinnert nach Zweck und Anlage durchaus an den bei bayerischen Notaren wohlbekannten und -beliebten Leitfaden von Krazer. Ein Anhang gibt preußische Ausführungsvorschriften, namentlich über das Gebührenwesen wieder. — — — tz.

**Warneyer, Dr. Otto**, Amtsrichter in Dresden, Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, erläutert durch die Rechtsprechung. Leipzig 1905 (Roßberg'scher Verlag). Geb. Mk. 7.—.

Das Buch gibt den Text des BGB. und Einführungsgesetzes wieder. Den einzelnen Paragraphen sind in Form von Fußnoten die hiezu ergangenen Entscheidungen des Reichsgerichts, des Bayer. Obersten Landesgerichts, aller deutschen Oberlandesgerichte, Verwaltungsgerichtshöfe und Gewerbegerichte, vereinzelt auch landgerichtliche Entscheidungen seit 1900 bis zum März 1905, angereiht. Der Herausgeber erstrebte nach seiner eigenen Erklärung möglichste Vollständigkeit und nahm daher nicht nur die in den amtlichen Sammlungen herausgegebenen, sondern auch alle in rechtswissenschaftlichen Zeitschriften verstreuten Entscheidungen, mit Einschluß der sich widersprechenden, unter Angabe der (mehrfachen) Fundstellen auf. Es handelt sich somit um ein sehr schätzenswertes Nachschlagewerk, welches ermöglicht, sich rasch und zuverlässig über die Richtung der Judikatur in einer einzelnen Frage zu orientieren. Freilich erscheint die Mahnung, insbesondere an die Studierenden und Rechtspraktikanten, nicht überflüssig, bei Gebrauch des Buches sich nicht mit den wiedergegebenen resümeeartigen Schlußergebnissen — sozusagen Stichsätzen — der Entscheidungen zu begnügen, sondern letztere behufs Nachprüfung der Rechtsgrundsätze, aus denen sie hervorgegangen, nachzulesen und hiebei jeweils auch die Besonderheiten des Tatbestandes zu beachten. Ein systematisches Inhaltsverzeichnis, ein Verzeichnis aller eingeführten Abkürzungen, namentlich der amtlichen Entscheidungssammlungen, Zeitschriften ꝛc., sowie ein alphabetisches Sachregister erhöhen die Brauchbarkeit des Buches. — — — tz.

**Riesebieter, O.**, Landgerichtsrat in Oldenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, mit den vom Reichsgericht in den amtlichen Entscheidungen in Zivil- und Strafsachen ausgesprochenen Rechtssätzen in Kommentarform. Oldenburg 1905 (Gerhard Stalling). Gebd. Mk. 7.—.

Das Buch gleicht nach Form und Anlage ganz dem zuletzt besprochenen, so daß auf das Gesagte verwiesen werden kann. Es soll vor allem die das genannte Gesetzbuch ergänzenden wesentlichen Rechtssätze, wie sie vom Reichsgericht in der amtlichen Sammlung seiner Entscheidungen (berücksichtigt sind die in Zivilsachen von Bd. 44 bis Bd. 59 und die in Strafsachen bis Bd. 37 einschl., soweit sie neues Privatrecht betreffen) formuliert sind, möglichst ausführlich und wörtlich wiedergeben, mit kurzer Mitteilung der Begründung, soweit zum Verständnis erforderlich und tunlich, und mit Beifügung der den Gesetzeszweck ausdrückenden Aussprüche. Eine Inhaltsübersicht und ein Sachregister sind beigefügt. Dasselbe Buch erschien auch ohne Gesetzestext. Gebd. Mk. 3.60. — — — tz.

## Notizen.

**Aenderung des § 55 GBO.** Die Nr. 34 des RGBl. (ausgegeben zu Berlin den 26. Juli 1905) enthält das Gesetz vom 14. Juli 1905, betreffend Aenderung der Grundbuchordnung. Der § 55 Satz 1 GBO. wird hienach durch folgende Vorschrift ersetzt:

> Jede Eintragung soll dem Antragsteller und dem eingetragenen Eigentümer sowie im übrigen allen aus dem Grundbuch ersichtlichen Personen bekannt gemacht werden, zu deren Gunsten die Eintragung erfolgt ist oder deren Recht durch sie betroffen wird, die Eintragung eines Eigentümers auch denjenigen, für welche eine Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld, Reallast oder ein Recht an einem solchen Rechte im Grundbuch eingetragen ist.

Bisher hatte vielfach Unklarheit darüber geherrscht, wie weit die Benachrichtigung der Beteiligten nach der früheren Fassung des § 55 GBO. auszudehnen sei. Namentlich waren die Meinungen darüber geteilt, wer zu den „aus dem Grundbuch ersichtlichen Personen" gehört, „deren Recht durch eine Eintragung betroffen wird." Die Praxis und die Rechtsprechung wie auch die Theorie waren überwiegend der Anschauung, daß jedenfalls den Personen, für welche eine Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld, Reallast oder ein Recht an einem solchen Rechte im Grundbuch eingetragen ist, ein gesetzlicher Anspruch auf Benachrichtigung von der Eintragung eines neuen Eigentümers auf Grund des § 55 GBO. (früherer Fassung) nicht zustehe. Aus den Verhandlungen, die dem Zustandekommen des großen Gesetzgebungswerkes des Reiches seiner Zeit vorausgingen, ist auch zu entnehmen, daß man eine ausdrückliche Bestimmung, die den Grundbuchämtern eine derart weitgehende Benachrichtigungsverpflichtung auferlegt, damals in die Grundbuchordnung absichtlich nicht aufnehmen wollte; der § 55 Satz 1 GBO. (bish. F.) stimmte nämlich mit dem früheren preußischen Grundbuchrechte, unter dessen Herrschaft diese Frage gleichfalls schon lebhaft bestritten war, inhaltlich vollkommen überein. Die Ausführungsvorschriften der meisten Bundesstaaten hatten sich über diesen Punkt ausgeschwiegen und die Frage der Praxis und der Rechtsprechung zur Austragung überlassen. Einzelne Bundesstaaten waren allerdings weiter gegangen und hatten ihre Grundbuchämter durch die Ausführungsvorschriften ausdrücklich zur Benachrichtigung der Hypotheken- 2c. -Gläubiger von jedem Eigentumswechsel angewiesen. Die Entscheidung der Frage, wer in solchen Fällen die Kosten der Benachrichtigung zu tragen habe und inwieweit und mit welchen Rechtswirkungen den Grundbuchämtern eine solche Verpflichtung im Wege der Dienstanweisung überhaupt auferlegt werden könne, hatte die bayerische Dienstanweisung für die Grundbuchämter dadurch in praktischer Weise umgangen, daß sie unter entsprechendem Vorbehalt im § 55 Abs. 3 einstweilen vorschrieb, daß die Hypotheken- 2c. -Gläubiger von der Eintragung eines neuen Eigentümers unter allen Umständen dann zu benachrichtigen sind, wenn der bisherige Eigentümer oder der neue Eigentümer dies ausdrücklich beantragt. Damit war den Zwecken der Hypothekenbanken und ähnlicher Kreditinstitute, die an diesen Benachrichtigungen vorwiegend — man kann wohl sagen, nahezu ausschließlich — ein Interesse haben dürften, in vollkommen ausreichendem Maße und in zweckentsprechender Weise gedient, da es der Gläubiger ja in der Hand hat, in den Verträgen mit dem Schuldner zu bedingen, daß die Benachrichtigung des Gläubigers von jedem Eigentumswechsel beim Grundbuchamte beantragt werden muß. In den meisten Fällen wird ja der Gläubiger ohnehin nach Maßgabe des § 415 BGB. verständigt werden, wenn, wie dies in der Regel der Fall sein wird, mit dem Eigentumswechsel eine Schuldübernahme verbunden ist, so daß die Benachrichtigung durch das Grundbuchamt für den Gläubiger nichts neues mehr bringt. Vollzieht sich aber der Eigentumsübergang, wie z. B. bei der Erbfolge, außerhalb des Grundbuchs, so kann eine Benachrichtigung des Gläubigers durch das Grundbuchamt unter allen Umständen nur dann erfolgen, wenn es dem neuen Eigentümer beliebt, die Berichtigung des Grundbuchs herbeizuführen. Da in solchen Fällen meist auch der Übergang der Schuldverbindlichkeit kraft Gesetzes erfolgt, wird der Gläubiger hievon in der Regel kaum früher, als bei der nächsten Zinszahlung Kenntnis erhalten. Eine unbedingt verlässige Benachrichtigung des Gläubigers von jedem Wechsel im Eigentum wird daher auch dann nicht gewährleistet, wenn dem Grundbuchamte die Benachrichtigungspflicht im weitesten Umfang auferlegt wird. Gleichwohl ist nun auf Anregung des Reichstags die Verpflichtung des Grundbuchamts gesetzlich festgelegt worden, den Hypotheken- 2c. -Gläubiger von jeder Eintragung eines neuen Eigentümers zu benachrichtigen. Durch die jetzige Fassung des § 55 Satz 1 GBO. sind nun allerdings die oben erwähnten Zweifel und die Verschiedenheiten in den einzelnen Bundesstaaten beseitigt. Aus Satz 2 des § 55 GBO., der unverändert geblieben ist, folgt übrigens, daß auf die Bekanntmachung durch das Grundbuchamt verzichtet werden kann. Der Verzicht muß dem Grundbuchamte gegenüber erklärt sein; an eine Form ist seine Gültigkeit an sich nicht gebunden (vgl. auch § 56 Abs. 5 BayGDA.). Aus dem Wortlaute des Gesetzes folgt ferner, daß die Bekanntmachung nur an die aus dem Grundbuch ersichtlichen Personen zu erfolgen hat. Soweit Name und Wohnort dieser Personen nicht aus dem Grundbuche selbst (oder den Grundbuchanlagen, bzw. den Grundbuchakten) zu ersehen sind, werden dem Grundbuchbeamten selbst dann weitergehende Nachforschungen nicht zugemutet werden können, wenn ein nach dem Inhalte des Grundbuchs (und der Grundbuchanlagen bzw. Grundbuchakten) adressiertes Benachrichtigungsschreiben als unbestellbar zurückkommt (vgl. auch § 56 Abs. 4 BayGDA.). In vielen Fällen werden die Notare den Grundbuchämtern dadurch eine angenehm empfundene Arbeitserleichterung verschaffen können, daß sie gelegentlich etwa vorausgehender Verhandlungen mit dem Gläubiger diesen zur Abgabe der Erklärung veranlassen, daß er dem Grundbuchamte gegenüber auf die Bekanntmachung der Eintragung des ihm bereits bekannten neuen Eigentümers verzichte. Unter Umständen kann dem Grundbuchamte aber auch schon durch genaue Angabe der dem Notar bekannten Adresse eines zu benachrichtigenden Gläubigers wesentlich gedient werden (vgl. § 552 BayGDA.). — — 1. — — —

**Aus dem Justizministerialblatt.** Nr. XII des JMBl. vom 24. Juli 1905 enthält mehrere nicht unbedeutsame Bekanntmachungen, die dazu bestimmt sind, den Geschäftsgang in den Zweigen der Justizverwaltung zu vereinfachen. Eine Bekanntmachung vom 19. Juli 1905 faßt die bisher verstreuten Vorschriften über die Qualifikationsperioden zusammen und verlängert diese. Durch eine weitere Bekanntmachung vom 19. Juli 1905 werden die Visitationsvorschriften erleichtert.

Die Bekanntmachung Nr. 27401 vom 19. Juli 1905 gestattet nunmehr den Vorständen der kleineren Amtsgerichte, über ihr Regieaversum ohne besondere höhere Genehmigung auch insoweit zu verfügen, als es sich um die Beschaffung der für den Dienst notwendigen Literalien (Bücher, Zeitschriften) handelt.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, II. Staatsanwalt im K. Staatsministerium der Justiz.

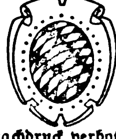
Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

Nr. 18. München, den 15. September 1905. 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum, Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.



## Bemerkungen zu den Beschlüssen der Kommission für die Reform des Strafprozesses.

Von

**Walther Pfannschmidt**, Oberlandesgerichtsrat in München.

I.

Nach den Vorschlägen der Sachverständigen-Kommission zur Vorbereitung der Reform des Strafprozesses, soweit sie die Gerichtsverfassung betreffen, soll ausweislich der nun im Druck erschienenen Verhandlungsprotokolle:

A. in erster Instanz der Amtsrichter in den Fällen des abgekürzten Verfahrens und zur Aburteilung von Uebertretungen allein zuständig sein, das Schöffengericht bei dem Amtsgerichte — das kleine Schöffengericht — mit 1 Richter und 2 Schöffen besetzt bleiben, und an die Stelle der Strafkammer und des Schwurgerichts das mittlere Schöffengericht — 3 Richter, 4 Schöffen — und das große Schöffengericht — 3 Richter, 6 Schöffen — treten;

B. die Berufung gegen sämtliche Urteile der Gerichte erster Instanz mit Ausnahme des Reichsgerichts zulässig sein und

C. als Berufungsgericht über Urteile des Amtsrichters in Uebertretungssachen das kleine Schöffenberufungsgericht — 1 Richter, 2 Schöffen —, über Urteile des kleinen Schöffengerichts und des Amtsrichters im abgekürzten Verfahren das mittlere Schöffengericht, als Berufungsinstanz für das mittlere Schöffengericht das große Schöffengericht, und im zweiten Rechtszuge über dessen Urteile ein eigenes, wie alle vorhergehenden beim Landgerichte zu bildendes großes Schöffenberufungsgericht entscheiden, das aus 3 Richtern und 8 Schöffen zusammengesetzt wird.

Es fehlt in diesen Spalten an Raum, die Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit der Durchführung der Schöffenverfassung und der Ausdehnung der Berufung zu erörtern; wohl aber erscheint es tunlich, die Beschlüsse der Kommission in einzelnen Punkten mit besonderer Berücksichtigung bayerischer Verhältnisse auf ihre praktische Durchführbarkeit zu prüfen. In erster Linie steht hier die Frage, ob es nicht an geeigneten Kräften fehlen wird, die neu zu bildenden Schöffengerichte mit Laien zu besetzen. Der Bedarf an Schöffen für das mittlere Schöffengericht als Gericht erster und zweiter Instanz, dann für das große Schöffengericht als erstinstanzielles Gericht, läßt sich ja annähernd berechnen.

Nach den Ergebnissen der Strafrechtspflege in Bayern im Jahre 1903 fanden vor den Landgerichten in Strafsachen erster Instanz 13167 Hauptverhandlungen statt, die, wenn man die längere Dauer der Beratung bei Zuziehung von Schöffen in Betracht zieht, rund 3300 Sitzungstage zu je 4 Fällen ausgefüllt haben würden. Als Berufungsgerichte hatten die Strafkammern 8242 Hauptverhandlungen zu erledigen, von denen mindestens 2242 Uebertretungen betrafen. Den Sitzungstag hier zu je 5 Fällen berechnet, ergibt diese Geschäftslast rund 1200 Sitzungstage in Vergehens- und rund 450 Sitzungstage in Uebertretungssachen. Das Schwurgericht weist 500 Sitzungstage in runder Summe auf.

Hinsichtlich der Berufungen gegen Urteile des mittleren und großen Schöffengerichts bieten einigen Anhaltspunkt die Erfahrungen, die man seinerzeit in Bayern mit der Berufung gegen die Urteile der Bezirksgerichte in Strafsachen gemacht hat. Hier trafen auf je 100 Urteile des Bezirksgerichts von 1862/63 an ungefähr 19 Urteile des Appellationsgerichts.

Nimmt man also, um wieder auf die Geschäftsausweise für 1903 zurückzukommen, an, daß das große Schöffengericht von den 12476 Urteilen der Strafkammer rund 2500 im zweiten Rechtszuge nachzuprüfen hätte, was etwa 800 Sitzungstage beanspruchen mag, und daß endlich von den 690 Urteilen des Schwurgerichts sogar ein Viertel, 175, angefochten würden — Zeitaufwand vielleicht 150 Sitzungstage, — so ergeben sich:

| | | | |
|---|---|---|---|
| Mittl. Schöffg. | I | Instanz | 3300 Sitzungstage für 4 Schöffen = 13200 Schöffentage |
| | II. | | 1200 Sitzungstage für 4 Schöffen = 4800 Schöffentage |
| Kleines Schöffenberufungsgericht | | | 450 Sitzungstage für 2 Schöffen = 900 Schöffentage |
| Gr. Schöffg. | I. | Instanz | 500 Sitzungstage für 6 Schöffen = 3000 Schöffentage |
| | II. | | 800 Sitzungstage für 6 Schöffen = 4800 Schöffentage |
| Großes Schöffenberufungsgericht | | | 150 Sitzungstage für 8 Schöffen = 1200 Schöffentage |

Zusammen also 27 900 Schöffentage, das sind Arbeitstage für je einen Schöffen. Bisher hatte ein Schöffe an höchstens 5, gewöhnlich an 4 Sitzungstagen im Jahre Dienst zu leisten. Die Kommission will die Zahl der Sitzungstage für den Pflichtigen verdoppeln; nehmen wir an, daß der Schöffe nur zu 6 Sitzungstagen jährlich einberufen wird, so würden die beim Landgerichte zu bildenden Schöffengerichte 4700 Schöffen erfordern.

Im Jahre 1903 waren in Bayern in der berichtigten Urliste 463 000 Personen eingetragen, 5800 zu Haupt-, 2900 zu Hilfsschöffen bei den Amtsgerichten gewählt und 8000 zu Geschworenen vorgeschlagen, alles in runden Summen genommen.

Die Zahl der Hilfsschöffen ist auffallend hoch gegriffen; in außerbayerischen Bezirken erreicht sie oft nicht ein Dritteil der Hauptschöffen, mit einem Drittel Hilfsschöffen läßt sich jedenfalls auskommen. Rechnet man zu den 4700 landgerichtlichen Schöffen noch 1600 Hilfsschöffen, so können diese 6300 Personen ohne weiteres aus der Mitte der jährlich zu Geschworenen vorgeschlagenen Männer genommen werden. Wenn auch die in der Vorschlagsliste eingetragenen Geschworenen im Jahre 1903 nicht sämtlich Dienst leisten mußten, sondern bei 50 Sitzungsperioden normal nur 1500, so mußten sie doch insgesamt, da die einzelne Periode durchschnittlich 10,4 Sitzungstage umfaßte, an 15 600 Sitzungstagen zur Stelle sein, während sämtliche landgerichtliche Schöffen an 27 900 Sitzungstagen Dienst zu leisten hätten.

Dem Mehrbedarf an Schöffen für die Landgerichte steht aber ein Minderbedarf an Schöffen für die Amtsgerichte gegenüber. Denn auch diese sollen künftig nicht vier- sondern sechsmal im Jahre Dienst leisten, wie oben angenommen.

Statt 5800 Hauptschöffen brauchen die Amtsgerichte mit 11 443 Sitzungstagen im Jahre 1903 also nur rund 3800 und dementsprechend etwa 1300 Hilfsschöffen. Die kleinen Schöffengerichte sollen aber nun weiter nicht mehr mit der Aburteilung von Uebertretungen befaßt werden, die bislang ihre Tätigkeit mindestens zu einem Viertel in Anspruch nahmen. Der Bedarf an Schöffen beim Amtsgericht wäre dadurch auf 2850 Haupt- und 950 Hilfsschöffen herabgesunken.

Der Umstand, daß nach den Vorschlägen der Kommission eine Anzahl von Delikten, die bisher zur Zuständigkeit der Strafkammer gehörten, dem kleinen Schöffengerichte zugewiesen und daß das Gebiet der Privatklage, des Strafbefehls und des abgekürzten Verfahrens erweitert werden soll, bedeutet eine abermalige Ersparnis an Schöffenmaterial, die aber rechnerisch auch nicht schätzungsweise dargestellt werden kann.

Von 463 000 in den berichtigten Urlisten eingetragenen Personen würden nach obigem 4700 + 1600 bei den Landgerichten, 2850 + 950 bei den Amtsgerichten, zusammen 10 100 oder 2,2 Prozent, davon 1,6 Prozent als Haupt- und 0,6 Prozent als Hilfsschöffen in Betracht kommen.

Auf 23 000 + 15 600 = 38 600 Arbeitstage von 5800 + 1500 = 7300 Schöffen und Geschworenen im Jahre 1903 träfen bei Durchführung der neuen Gerichtsverfassung im gleichem Zeitraum 27 900 + 17 100 = 45 000 Arbeitstage sämtlicher 7550 Schöffen des Königreichs.

Von einer Ueberlastung der Staatsangehörigen mit Schöffendiensten kann hiernach gewiß nicht die Rede sein, umsoweniger, als zumal zum Dienst beim kleinen Schöffengericht weitere Kreise der Bevölkerung als bisher ohne Nachteil für sie und zum Vorteil für das Ganze herangezogen werden können.

## II.

Unverkennbare Schwierigkeiten bietet für uns in Bayern die Durchführung des Kommissionsbeschlusses, nach dem die Berufungsinstanz auch für das mittlere und große Schöffengericht bei den Landgerichten gebildet werden soll. Bei jedem einzelnen dieser Gerichte wird eine namhafte Vermehrung des Richterpersonals notwendig. Die Richter, die bei der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt haben, können an der Hauptverhandlung im zweiten Rechtszuge nicht teilnehmen. Die Berufungssitzungen den Räten der Zivilkammer zuzuweisen ist schon um deswillen untunlich, weil Kollisionen der Sitzungstage der Zivil- und Strafgerichte nicht zu vermeiden wären. Der Umstand, daß das mittlere Schöffengericht nur mit 3 Richtern besetzt werden soll, während die Strafkammer in der Regel mit 5 Richtern arbeitet, gestattet keine Einsparung am bisherigen Status der Landgerichte, denn die Richter erster Instanz haben hier nach der neuen Organisation durch den Zuwachs der Schwurgerichtssachen, durch längere Dauer oder größere Zahl der Hauptverhandlungen, wie sie die Beiziehung von Schöffen zur Folge haben wird, und durch das mündliche kontradiktorische Zwischenverfahren bei Einwendungen des Beschuldigten gegen die Anklageschrift eine größere Geschäftslast als seither zu erwarten.

Bei der Mehrzahl der Landgerichte wird es auch zu Erweiterungsbauten für Diensträume der neuen Beamten und für Sitzungssäle

kommen müssen, da die vorhandenen Säle kaum für Zivil- und Handelskammer, kleines Schöffenberufungsgericht, mittleres und großes Schöffengericht, endlich für das große Schöffenberufungsgericht Raum bieten werden, von denen namentlich die beiden letzteren nicht selten mehrtägige Verhandlungen nötig haben dürften.

Bei den kleineren Landgerichten kann dieser Personal- und Bau-Aufwand nicht voll ausgenützt werden, da die Berufungsinstanzen dort nur in größeren Zwischenräumen in Tätigkeit treten.

Würde die Berufung gegen Urteile des mittleren und großen Schöffengerichts Schöffengerichten zugewiesen, die bei den Oberlandesgerichten zu bilden wären, so würden sich die Bauausgaben erheblich vermindern, der auch hier unvermeidliche Mehraufwand für Personal wäre geringer als bei Anstellung von Berufungsrichtern bei sämtlichen Landgerichten (die Berufungskammern müßten ja hier ebenfalls Landgerichtsdirektoren als Vorsitzende erhalten) und die beim Oberlandesgerichte mit der Strafrechtspflege betrauten Richterkräfte wären bei dem dort ständig und reichlich vorhandenen Arbeitsstoff voll zu verwerten.

Die Konzentration der Berufungsgerichte für mittlere und schwere Straftaten bei den Oberlandesgerichten bietet zudem sachliche Vorteile, die nicht hoch genug anzuschlagen sind. Die Rechtsprechung wird einheitlicher, Richter und Schöffen sind unabhängig von örtlichen Einflüssen und Beziehungen, wie sie in kleineren Gerichtsbezirken kaum zu vermeiden sind, und die zweite Instanz, die sich im Rahmen des landgerichtlichen Dienstes von der ersten nur durch die Beigabe von zwei weiteren Schöffen unterscheidet, erhält am Oberlandesgerichte durch den höheren Rang der mitwirkenden Richter und die Veränderung der örtlichen Verhältnisse die ihr zukommende größere Bedeutung.

Richtig ist, daß solche Konzentration die Kosten des einzelnen Berufungsverfahrens erhöht. Die Gebühren der Zeugen und Sachverständigen, Reisekosten und etwaige Entschädigungen der Schöffen und dgl. wachsen mit der Entfernung des Aufenthaltsortes der Beteiligten vom Gerichtssitze. Bei uns in Bayern sind diese Entfernungen nicht unverhältnismäßig groß. Berufung wird wohl auch nur in wichtigeren Fällen eingelegt werden, bei denen die Kosten für den Einzelnen und für den Staat, der sie in der Regel zu tragen hat, nicht ausschlaggebend sein können.

Die Tatsache, daß in Bayern die Schwurgerichte für mehrere Landgerichtsbezirke gebildet werden, daß hier das Prinzip der Mündlichkeit niemals von der Kostenfrage beeinträchtigt worden ist, und daß sich die Leitung der Verhandlung durch Oberlandesgerichtsräte bewährt hat, beweist die Durchführbarkeit des zuletzt erörterten Vorschlags.

Für Preußen, Sachsen und andere Bundesstaaten mit großen Oberlandesgerichtsbezirken würde sich der Ausweg bieten, nicht nur am Oberlandesgerichte, sondern auch noch am Sitze eines Landgerichts, je für mehrere Landgerichtsbezirke, Berufungssenate zu bilden, ein Weg, der schließlich auch für uns in Bayern gangbar wäre, wenn es den Wünschen der Bevölkerung mehr entsprechen sollte, ein Appellationsgericht in Strafsachen in jedem Kreise zu haben.

Jedenfalls wäre zu empfehlen, auch bei den diesfalls am Sitze eines Landgerichts zu bildenden Berufungssenaten Oberlandesgerichtsräte zu verwenden, die nicht gleichzeitig beim Landgericht beschäftigt sind. Abgesehen davon, daß die größere Erfahrung der älteren Beamten sicher einen Gewinn für die Rechtspflege bedeutet, können nur so Reibungen und Mißhelligkeiten vermieden werden, die unausbleiblich sind, wenn Mitglieder eines und desselben Kollegialgerichts in erster und zweiter Instanz judizieren und es wird auch nur bei solcher Besetzung den Richtern der oberen Instanz die volle Unbefangenheit gewahrt.

Nicht unerwähnt kann schließlich bleiben, daß bei uns in Bayern, wenn sämtliche Berufungsinstanzen in Strafsachen bei den Landgerichten gebildet werden, die Zahl der Richterbeamten erheblich wächst, die ihre Laufbahn mit der Stelle des Landgerichtsrats für abgeschlossen erachten und jedenfalls darauf verzichten müssen, beim Oberlandesgerichte rc. verwendet zu werden. Zur Hebung der Berufsfreudigkeit wird diese Erkenntnis bei den Beteiligten nicht beitragen.

---

## Rechtsunterricht, Repetitorien und Zwischenprüfung.

Von Universitäts-Professor **Krückmann** in Münster i. W.

Aus dem schier unerschöpflichen Thema des Rechtsunterrichts sei hier auf Wunsch der Redaktion ein kleiner Ausschnitt behandelt. [1])

Die Frage, wie dem Ueberwuchern der privaten Repetitorien entgegengewirkt werden könne, schlägt in das Gebiet der Prüfungen und in das Gebiet des Unterrichts. Alte Erfahrung lehrt schon seit Jahrzehnten, daß manche Examinatoren durch ihre Art, die Fragen zu stellen, den Repetenten geradezu in die Hände arbeiten. Wer sich oft wiederholt, mit Vorliebe dieselben Fragen stellt, wird es einem behenden Repetenten sehr erleichtern, das bekannte, auf diesen Examinator zugeschnittene Fragebuch anzulegen und mit diesem Fragebuch hat der Repetent immer Oberwasser. Die

[1]) Auf die Bitte um eine Meinungsäußerung über die in Bayern noch immer flüssige Frage der Gestaltung des Zwischenexamens hat der Verfasser das Thema weiter gefaßt. Die Zugabe, die mit der erwähnten Frage zusammenhängt, scheint auch uns beachtenswert.

Mittel zur Abhilfe sind klar: der Examinator darf sich nicht fassen lassen.

Ein anderes Mittel, den Repetitorien entgegen zu wirken, besteht in einer streng und konsequent durchgeführten kasuistischen Fragestellung. Der Examinator muß Rechtsfall auf Rechtsfall förmlich aus dem Aermel schütteln können und er wird es so gut wie ganz unmöglich machen, daß ein Kandidat durch Repetenten auf ihn eingepaukt werden kann. In dieser Hinsicht liegt aber noch vieles außerordentlich im Argen. Es geht nicht an, daß etwa in folgender Weise examiniert wird: „Welches sind die prozeßhindernden Einreden?" Der Kandidat nennt eine. „Gibt es nicht noch mehr?" Der Kandidat nennt noch eine oder zwei. „Nun fehlen aber noch einige" und der Examinator spitzt schon den Mund, um den Anfangsbuchstaben des Stichwortes anzudeuten. In dieser Weise fährt er fort, bis er glücklich die ganze Reihe zusammen hat. Was hat er nun erreicht? Er weiß im günstigsten Fall, daß der Kandidat mit mehr oder minder Nachhilfe die Einreden schließlich zusammenzählen kann, daß also der Kandidat über ein nur äußerlich angelerntes, ziemlich unsicheres Wissen verfügt, der Examinator hat aber nicht den mindesten Beweis, daß dem äußeren Wissen auch das innere Können entspricht, mit anderen Worten, daß der Kandidat die soeben hergezählten Begriffe auch praktisch anzuwenden versteht. Der Repetent verschafft dem Kandidaten aber nur das äußere Wissen, und so gut wie niemals das innere Können.

Es ist beispielsweise auch nicht zulässig, zu fragen: „Wann muß die Strafkammer mit drei und wann muß sie mit fünf Mitgliedern besetzt sein?" Das ist die richtige Repetentenfrage. M. E. müßte eine solche Frage etwa in folgender Form gestellt werden: der Examinator müßte einen Fall konstruieren, in dem die Besetzung der Strafkammer mit 5 Mitgliedern zweifellos ist, er müßte ferner den Angeklagten verurteilen lassen. Der Angeklagte müßte dann das Urteil anfechten, etwa mit folgender Begründung: das Gericht war nicht vorschriftsmäßig besetzt, denn der eine der beiden Beisitzer wurde während der Verhandlung von einem so schweren Magenkrampf gequält, daß er nicht imstande war, der Verhandlung zu folgen. Schlußfrage: „Was ist hiervon zu halten?" Es erscheint mir zweifellos, daß auf solche Wege der Repetent nicht folgen kann.

Ferner: es ist nicht zulässig, wenn beispielsweise im Wechselrecht etwa folgendermaßen gefragt wird: „Welches sind die beiden Hauptarten des Wechsels?" „Wie viele Personen sind bei der Tratte beteiligt? Wie heißen sie?" „Können Remittent und Trassat dieselbe Person sein?" „Können Trassant und Trassat dieselbe Person sein?" „Können Trassant und Remittent dieselbe Person sein?" Solche Fragen und die Antworten hierauf sind gar nichts wert. Sie liefern nicht den mindesten Beweis, daß der Kandidat auch nur einen einzigen Wechsel richtig analysieren kann. Man vermeidet diese echten und rechten Repetentenfragen dadurch, daß man den Kandidaten inhaltlich genau übereinstimmende, ausgefüllte Wechselformulare vorlegt und diese jetzt von den Kandidaten analysieren läßt. Auch auf dieses Gebiet kann der mit der Schnellpresse arbeitende Repetent nicht folgen.

Weitere Beispiele sind wohl nicht notwendig. Ich verweise nur kurz auf die entsprechende Benützung des gerade in Bayern vorzüglich ausgearbeiteten Grundbuchmusters, an dessen Behandlung sich auf Grundlage des linksrheinischen Musters die belehrendsten volkswirtschaftlichen und rechtshistorischen Fragen noch anknüpfen lassen. Kurz gesagt, es müssen alle sogenannten Repetentenfragen in der Prüfung vermieden werden, denn durch sie treibt man die Kandidaten den Repetenten gerade in die Arme. Ich glaube nun, daß in dieser Hinsicht besonders die Praktiker noch manches besser zu machen haben, der Theoretiker hat doch die größere Uebung im Konstruieren von Rechtsfällen voraus.

Wird in der Prüfung die kasuistische Fragestellung mehr zur Anwendung gebracht, so muß auch der Rechtsunterricht mehr darauf vorbereiten, m. a. W., die Kasuistik muß größeren Raum im Rechtsunterricht einnehmen. Dieser Forderung wird aber durch die heute vorgeschriebenen Uebungen entschieden nicht genügt. Es muß ernsthaft geprüft werden, ob die rein rezeptive Lehrmethode vom Katheder herunter denn auch überall berechtigt ist. Die Passivität, zu der sie den Hörer verurteilt, lähmt erfahrungsgemäß außerordentlich rasch Aufmerksamkeit und Interesse, und die Folge sind die leeren Hörsäle. Vielfach wird geglaubt, daß die hausleerende Wirkung eine besondere Eigenheit der juristischen Vorlesungen sei. Dem gegenüber darf ich zu unserer Ehrenrettung auf folgendes hinweisen: die schönste Rede eines Staatsanwalts, eines Verteidigers, eines Parlamentariers, eines Ministers, eines Predigers, eines Festredners, Volksredners usw. darf eine gewisse Dauer nicht überschreiten, und der Zeitpunkt für das Ende der Aufmerksamkeit kommt außerordentlich rasch. Er kommt um so rascher, wenn derselbe Redner vor denselben Zuhörern täglich wieder über dieselben und verwandte Materien sprechen muß, und wenn sich dies nicht bloß über Wochen, sondern über Monate ausdehnt und mutatis mutandis mindestens volle drei Jahre des menschlichen Lebens ausfüllt. M. E. ist die Zumutung an den Hörer geradezu enorm. Ich weiß von mir selber, daß ich vom vierten Semester ab den stärksten Widerwillen gegen das Nachschreiben zu bekämpfen hatte.

Zu diesen Erwägungen kommt noch eine zweite. Der Repetent sei noch so unwissend, noch so unbedeutend, gänzlich außer stande, jemals die Habilitationsleistungen zu erbringen, er wird immer

dem Wettbewerb mit der hervorragendsten Fakultät siegreich aufnehmen können. Der Grund liegt nicht in der Persönlichkeit: die Repetenten sind oft pädagogisch recht minderwertige Stümper, und doch dieser Zulauf. Praktisch ist es schon dahin gekommen, daß reichlich die Hälfte der Lerntätigkeit, die der Student anwendet, an diesen Nebenfakultäten geleistet wird, nicht aber an der Universität. Der Hauptgrund für diese Erfolge der Repetenten liegt gar nicht so sehr in dem Bedürfnis der Studenten, sich noch einmal vor der Prüfung „überhören" zu lassen, er liegt auch nur zum kleineren Teile in dem Umstande, daß die Universität den Studenten zuerst durch die schwierigen Anfängersemester hindurchbringt, die Studenten also schon mit einer gewissen Vorbereitung zu dem Repetenten kommen und dem Repetenten die Sache daher sehr erleichtert wird. Dies alles ist nicht das eigentlich Entscheidende. Das Mittel, wodurch sich der Repetent immer siegreich neben der Fakultät behaupten wird, ist die durch die Repetitionsform gegebene konversatorische Methode von Frage und Antwort. Aus ihr allein sieht der Lehrer, ob der Hörer begriffen hat, was ihm vorgetragen ist, — sieht der Hörer, wo die Lücken seines Wissens stecken. Was weiß heute der Dozent von den Kenntnissen seiner Hörer? Kann er den Schwachen dort nachhelfen, wo sie der Nachhilfe am meisten bedürftig sind? Kann er dem selbständig denkenden Kopfe durch eine geschickte Frage, einen schnell eingeflochtenen Exkurs die Nahrung und Anregung geben, auf die der mehr als durchschnittlich Begabte Anspruch hat? Der Dozent weiß ja gar nicht, ob er es mit Ignoranten, Faulen und Unbegabten, oder Klugen, tüchtig vorgebildeten und zu Hause fleißigen Hörern zu tun hat. Die gegenseitige Bekanntschaft wird so richtig erst in der Prüfung gemacht. Daß das bißchen Praktikum und Uebung für Anfänger wenigstens schon an mittelgroßen Universitäten nicht ausreicht, um dem Dozenten eine genügende Kenntnis wenigstens der Mehrzahl seiner Hörer zu verschaffen, sollte man nicht bestreiten. Außerdem geht der ganze Gewinn, daß man dem Studenten auf den Zahn fühlen kann, dadurch wieder verloren, daß entsprechend der in Norddeutschland gründlich ausgenützten Freizügigkeit der Student mit seinen künftigen Examinatoren keinerlei Fühlung zu haben braucht und sie auch in den Schlußsemestern nicht mehr herstellen kann. So lange Dozent und Hörer, wie bisher in der großen Mehrzahl, jahrelang ohne Fühlung nebeneinander herleben, so lange wird die intensivere Unterrichtsform der Repetenten für die Studenten größere Anziehungskraft haben als der Vortrag vom Katheder herunter.

Die Folgerung aus alledem ist, daß dem Kolloquium, Konversatorium, Disputatorium, oder wie man es nennen möge, ein ganz anderer Raum im Unterrichte eingeräumt werden muß, als bisher. Dann wird sich die kasuistische Behandlung der Rechtssätze von selber einstellen. Diese Unterrichtsform drängt mit einer in ihr liegenden, schließlich unwiderstehlichen psychologischen Kraft den Dozenten, Anschluß an das lebendige Leben zu suchen, die abstrakten Rechtssätze an ihren konkreten Wirkungen zu erläutern. Dann wird sich das Konversatorium auch über die platte Abfragetätigkeit so vieler Repetenten erheben und dem Dozenten werden die Schüler nicht aus der Hand gleiten. Die konversatorische Methode steht ja vielfach noch in Mißkredit, weil sie bei vielen als Form des niedrigsten Repetitors gilt. Ja, da wäre es aber gerade Aufgabe der Dozenten, diese an sich ungemein feine Unterrichtsform zu heben und zu adeln und aus ihr eine wissenschaftlich berechtigte Unterrichtsform zu machen. Was ist würdiger: den Studenten nur als Hör- und Schreibmaschine zu behandeln oder ihn so früh als möglich zu selbständiger Denktätigkeit heranzuziehen?

Für einzelne Teile des Rechts, z. B. den größten Teil des Prozeßrechtes, für Wechselrecht, für große Teile des BGB. scheint mir diese Methode sogar die allein mögliche zu sein. Ferner ist mir eines nach den Erfahrungen, die ich Semester für Semester hier in Münster seit nahezu drei Jahren gemacht habe, gewiß: daß nämlich mit der konversatorischen Unterrichtsform nicht früh genug angefangen werden kann. Ich halte hier für Studierende des ersten Semesters eine vierstündige konversatorische Einführung in das Recht und habe es noch nie bereut. Im Gegenteile, die Erfahrungen jedes neuen Semesters bestätigen mir nur meine Ansicht, daß dies der einzige Weg ist, den jungen Anfängern beizukommen. Man lernt binnen kürzester Frist seine Zuhörerschaft genau kennen, kann überall nachhelfen, wo es fehlt, und kann die letzten Stunden zu einer nochmaligen kursorischen Durchnahme des im Semester behandelten Stoffes benützen: das ist Repetitorium und Semesterschlußprüfung zugleich. Ich kann allen meinen Hörern aus dem ersten Semester ein genaues Zeugnis über ihren Fleiß, ihr Wissen und ihre Begabung ausstellen. Das ganze Semester ist nichts als eine dauernde Prüfung und die Schlußprüfung ist nur die Krönung des Ganzen. Im Gegensatz zu der bisher gebräuchlichen Zwischenprüfung wächst *sie organisch aus der Unterrichtsmethode hervor* und das ist m. E. das allein maßgebende Kriterium für jegliche Zwischenprüfung. Eine Zwischenprüfung, die nicht organisch aus der Lehrmethode hervorwächst, scheint mir unter allen Umständen verwerflich. Sie wird vermutlich nur darauf hinwirken, daß sich der Prüfling auf kurze Zeit ein gewisses bescheidenes Mindestmaß äußerlich angelernten Wissens aneignet, das nach bestandener Prüfung alsbald in alle vier Winde geht. Hat es Sinn, dem Studenten das Unlebendige abzufragen, was ihm niemals lebendig war und ihm niemals lebendig sein wird?

Würde sich die konversatorische Methode mehr einbürgern, so könnte der Dozent am Semesterschluß in der letzten Woche in Gegenwart anderer Fakultätsmitglieder oder staatlicher Kommissarien als Schlußprüfung ein mehrtägiges Repetitorium über den Stoff des Semesters abhalten und der Ausfall dieser Prüfung entschiede, ob das betreffende Semester gerechnet werden solle oder nicht. Die Zwischenprüfung wäre also zu ersetzen durch einige Semesterschlußprüfungen, und zwar nur in solchen Materien, die sich zur konversatorischen Behandlung eignen.

Man halte nicht entgegen, daß dies zuviel Zeit verschlinge. Ich meine, die Zeitvergeudung kann kaum größer sein, als sie heute ist, und alte Erfahrung lehrt, daß die Ueberstürzung der Apperzeption, wie sie mit der heutigen Methode notwendig verbunden ist, in Wirklichkeit alle Fortschritte verlangsamt, während Verlangsamung der Apperzeption den Fortschritt beschleunigt. Wo das meiste unter den Tisch fällt, kann es keine schnellen Erfolge geben, denn es gibt gar keine; wo nichts unter den Tisch fällt, wird der überhaupt höchstmögliche Grad von Schnelligkeit erreicht.

---

# Der Bordellverkauf (§§ 138, 817 BGB.)[1]

Von Landgerichtsrat **Philipp** in Nürnberg.

Am 2. März 1903 verkaufte und übergab A. sein in N. gelegenes Anwesen, in dem er bis dahin ein Bordell betrieben hatte, um 120 000 Mk. an B., der, wie A. wußte, den Bordellbetrieb in dem Anwesen fortsetzen wollte und auch tatsächlich fortsetzte. In Anrechnung auf den Kaufpreis übernahm B. mehrere auf dem Anwesen ruhende Hypotheken im Gesamtbetrage von 80 000 Mk.; 10 000 Mk. bezahlte er bar, für den Rest von 30 000 Mk. errichtete er auf dem Kaufobjekt eine Hypothek. B. erhob gegen A. Klage mit dem Antrag: die Nichtigkeit des Kaufvertrages festzustellen und den A. zur Einwilligung in die Löschung der Hypothek zu 30 000 Mk. zu verurteilen. A. beantragte Abweisung der Klage, eventuell beantragte er im Wege der Widerklage, den B. Zug um Zug gegen Zahlung von 10 000 Mk. zur Zurückgabe des Anwesens zu verurteilen.

Das Landgericht N. gab der Klage statt und wies die Widerklage ab. Es nahm als erwiesen an, daß lediglich mit Rücksicht auf das in dem Kaufobjekt betriebene Bordellgeschäft der Kaufpreis auf 120 000 Mk. festgestellt worden, und daß aus diesem Grunde der Kaufvertrag gemäß § 138 BGB. nichtig sei. Nach dem in § 817 BGB. enthaltenen Satze: „in pari turpitudine melior est condicio possidentis" könne keiner der Streitsteile das auf Grund des Kaufvertrages Geleistete zurückfordern; wohl aber sei der Käufer nach § 817 Satz 2 berechtigt, Befreiung von der noch nicht erfüllten Verpflichtung zur Zahlung des Kaufschillingsrestes und Löschung der hiefür eingetragenen Hypothek zu verlangen. Dieses Urteil hat, so einfach der Sachverhalt ist und so glatt und klar die Entscheidungsgründe lauten, das Interesse weiter juristischer Kreise hervorgerufen. Es dürfte nicht unangebracht sein, den Fall einer etwas eingehenderen Betrachtung zu unterziehen. Es sollen die einzelnen bei der Entscheidung des Falles in Betracht kommenden Fragen der Reihe nach beantwortet werden.

I. Ist der über ein Bordellanwesen abgeschlossene Kaufvertrag nichtig?

In Betracht kommen die Vorschriften der §§ 134 und 138 BGB.

1) Nach § 134 BGB. ist das Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig. Unter der Voraussetzung, daß der Verkauf eines Bordells den Tatbestand des § 180 StGB. bildet, ist der Verkauf nach § 134 nichtig. Diese Voraussetzung aber ist schon deshalb nicht gegeben, weil durch den Verkauf für den Unzuchtbetrieb keine günstigeren Voraussetzungen geschaffen werden, als sie vor dem Verkauf vorhanden waren. (Jur. Wschr. 1892 S. 498.) Selbst dann, wenn der Käufer in dem Anwesen erst ein Bordell einrichten will und es zu diesem Zweck kauft, der Verkäufer auch von dieser Absicht Kenntnis hat, bildet der bloße Verkauf nicht den Tatbestand der Kuppelei. Das bloße Bewußtsein des Verkäufers, es werde der Käufer in dem Kaufobjekt ein Bordell einrichten, macht den Verkäufer nicht zum Kuppler. Es ist ja ausschließlich der freien Willensbetätigung des Käufers anheimgegeben, ob er das gekaufte Haus als Bordell verwenden will oder nicht. Für diese Willensbetätigung trifft den Verkäufer keine Verantwortung. Er hat nur die Möglichkeit dazu geschaffen, und diese Vorbereitungshandlung ist straflos, mag seine Absicht gewesen sein, welche sie wollte. (Jur. Wschr. 1893 S. 4, RGE. in StS. Bd. 24 S. 165; Seuff. Arch. Bd. 49 Nr. 238.) Anders liegt die Sache, wenn der Verkäufer nach den Vertragsbestimmungen die Möglichkeit hat, nach Uebernahme des Hauses durch den Käufer diesem die Benützung des Hauses zu Bordellzwecken zu verbieten, oder wenn er sonst durch positive Tätigkeit den eröffneten Bordellbetrieb fördert oder aus ihm Nutzen zieht. In einem solchen Falle kann mit Rücksicht auf den Zusammenhang, in welchem der Verkauf des Hauses mit der kupplerischen

---

[1]) Nach Vollendung dieser Abhandlung hat Reichsgerichtsrat Foerster im Recht 1905 S. 356 zur Frage der Veräußerung von Grundstücken mit Bordellbetrieb das Wort ergriffen. Er kommt zu folgenden Ergebnissen: Der obligatorische Vertrag, durch den die Verpflichtung zur Uebertragung des Eigentums an einem Grundstück mit und zum Bordellbetrieb begründet werden soll, ist nach § 138 BGB. nichtig. Das dingliche Uebereignungsgeschäft aber ist, wenn auch unsittlich, nicht nichtig, weil auf dieses nicht § 138, sondern lediglich § 817 BGB. Anwendung zu finden hat.

Tätigkeit steht, der Beginn der kupplerischen Tätigkeit schon in dem Verkauf gefunden werden. (Jur. Wschr. 1893 S. 5; 1905 S. 242.)

2) Nach § 138 BGB. ist das Rechtsgeschäft nichtig, das gegen die guten Sitten verstößt. Die Frage nun, wann ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstößt, insbesondere welchen Einfluß unsittliche Beweggründe auf die Rechtswirksamkeit eines Rechtsgeschäftes haben, ist in Rechtslehre und Rechtsprechung ungemein bestritten. Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes zeigt den richtigen Weg. Der dem § 138 entsprechende § 106 des E. I lautete: „Ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig."

Nach den Motiven Bd. I S. 211 sollte also Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes nur eintreten, wenn der Inhalt des Rechtsgeschäftes unmittelbar in objektiver Hinsicht und unter Ausscheidung der subjektiven Seite die guten Sitten verletzte. Bei der zweiten Lesung des Gesetzes wurden die Worte „dessen Inhalt" gestrichen. Als Grund dieser Streichung führen die Protokolle Bd. I S. 123 aus: „Es genüge nicht, mit dem E. I die Nichtigkeit nur bezüglich der Rechtsgeschäfte zu bestimmen, deren Inhalt unmittelbar und objektiv unter Ausscheidung der subjektiven Momente die guten Sitten verletze. Wenn auch auf die Motive der Parteien nicht in dem Maße Rücksicht genommen werden dürfe, daß ihre Handlungen einer sittenrichterlichen Kontrolle des Richters unterstellt würden, so sei es doch im einzelnen Fall unerläßlich, die verwerfliche Gesinnung der Beteiligten nicht außer acht zu lassen, weil erst durch Hinzunahme dieses subjektiven Moments der Inhalt der Rechtsgeschäftes in das richtige Licht gerückt werde."

Man wollte also durch die Aenderung nicht schlechthin jedes Rechtsgeschäft, bei dem irgend welche unlautere Motive der Parteien im Spiele sind, selbst dann für nichtig erklären, wenn sein Inhalt nicht gegen die guten Sitten verstößt: Die Motive sollten nur als Auslegungsmittel für den Inhalt des Rechtsgeschäftes selbst herangezogen werden. Wegen des Vorliegens eines unlauteren Beweggrundes allein kann also ein Rechtsgeschäft nicht für unsittlich erklärt werden. Die Verwerflichkeit des Beweggrundes allein ist zivilrechtlich bedeutungslos. (RGE. in StS. Bd. 24 S. 169.) Der sich aus Inhalt, Motiv und Zweck zusammensetzende Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts muß unsittlich sein. (Rspr. d. OLG. Bd. 5 S. 109, Bd. 8 S. 220, Jur. Wschr. 1903 Beil. S. 41, RGE. in ZS. Bd. 56 S. 231.)

Auch die Theorie steht in der Hauptsache auf diesem Standpunkt. (Jakobi in Iherings Jahrb. Bd. 41 S. 109, Loewenfeld-Staudinger § 138 Anm. 5, Rehbein § 134—138 Anm. III 1, Goldmann-Lilienthal I S. 178, Crome I S. 374.) Alle diese Schriftsteller betonen, daß die bloße Verwerflichkeit der Gesinnung, der unsittliche Beweggrund allein, das Geschäft nicht unsittlich macht. Auch Lotmar (Der unmoralische Vertrag S. 68) betont, daß ein pactum nicht wegen der turpitudo personae allein turpe im Rechtssinne mit der Folge der Nichtigkeit ist. Diese Sätze auf den Verkauf eines Bordells im allgemeinen angewandt, ergeben folgendes:

Der Verkauf eines Hauses verstößt nicht schon deswegen gegen die guten Sitten, weil der Käufer in dem Hause ein Bordell einrichten will und dieses dem Verkäufer bekannt ist. Auch nach moralischen Anschauungen braucht der Verkäufer die moralischen Interessen des Käufers nicht in einem so weit gehenden Maße zu wahren. Die Rücksicht auf die guten Sitten verpflichtet den Verkäufer nicht, sein Interesse, sein Grundstück in Geld umzusetzen, lediglich deshalb unberücksichtigt zu lassen, um dem Käufer nicht die Möglichkeit zu gewähren, das Kaufobjekt zu einem verwerflichen Zweck zu gebrauchen.

Wäre das Gegenteil richtig, dann müßte der Notar, vor dem der Kaufvertrag abgeschlossen wird, ebenfalls wegen Verfehlung gegen den § 16 Not.G. zur Rechenschaft gezogen werden, dann wäre das Darlehen, das dem Käufer eines Bordells zur Bezahlung des Kaufpreises gewährt wird, nichtig, dann hätte der Lieferant von Waren an den Bordellinhaber ebenfalls keinen Anspruch auf Bezahlung.

Diese Folgerungen können aber im Ernst nicht gezogen werden. Sie sind auch von der Rechtsprechung nicht gezogen worden. (Bolze, Pr. 8 Nr. 359, Seuff. Arch. Bd. 49 Nr. 238, Rspr. d. OLG. Bd. 5 S. 109, Bd. 8 S. 220 u. 425.) Kohler allerdings hat in seiner Abhandlung: „Die Ideale im Recht" — Arch. f. bürgerl. R. Bd. V S. 195 — das behufs Ankauf eines Bordells gewährte Darlehen, jeden Bordellverkauf für ungültig erklärt mit der Begründung: „Die Rechtsordnung muß alle Geschäfte, welche sich darauf beziehen, von sich ablehnen und als des Rechtsschutzes unwürdig erklären". Warum aber Kohler a. a. O. S. 202 in Konsequenz dieses Standpunktes nicht auch den Verkauf eines für die Dirne bestimmten seidenen Strumpfes oder den Verkauf eines für die Dirne bestimmten Bettes ebenfalls für unsittlich hält, leuchtet nicht ein. Auch diese Gegenstände sind ja dazu bestimmt, von der Dirne bei Ausübung der Unzucht benützt zu werden. Auch sie sind Werkzeuge „zur Verletzung der sittlichen Lebensgebote".

Mit Recht ist Lotmar a. a. O. S. 77 diesen Uebertreibungen entgegengetreten.

Als rechtsunwirksam hat die Rechtsprechung solche Verträge nur unter der Voraussetzung erklärt, daß das unmoralische Element entweder zum Inhalt oder zum ausgesprochenen Vertragszweck der Verträge gemacht wurde.

Würde sich die konversatorische Methode mehr einbürgern, so könnte der Dozent am Semesterschluß in der letzten Woche in Gegenwart anderer Fakultätsmitglieder oder staatlicher Kommissarien als Schlußprüfung ein mehrtägiges Repetitorium über den Stoff des Semesters abhalten und der Ausfall dieser Prüfung entschiede, ob das betreffende Semester gerechnet werden solle oder nicht. Die Zwischenprüfung wäre also zu ersetzen durch einige Semesterschlußprüfungen, und zwar nur in solchen Materien, die sich zur konversatorischen Behandlung eignen.

Man halte nicht entgegen, daß dies zuviel Zeit verschlinge. Ich meine, die Zeitvergeudung kann kaum größer sein, als sie heute ist, und alte Erfahrung lehrt, daß die Ueberstürzung der Apperzeption, wie sie mit der heutigen Methode notwendig verbunden ist, in Wirklichkeit alle Fortschritte verlangsamt, während Verlangsamung der Apperzeption den Fortschritt beschleunigt. Wo das meiste unter den Tisch fällt, kann es keine schnellen Erfolge geben, denn es gibt gar keine; wo nichts unter den Tisch fällt, wird der überhaupt höchstmögliche Grad von Schnelligkeit erreicht.

---

## Der Bordellverkauf (§§ 138, 817 BGB.)[1]

Von Landgerichtsrat **Philipp** in Nürnberg.

Am 2. März 1903 verkaufte und übergab A. sein in N. gelegenes Anwesen, in dem er bis dahin ein Bordell betrieben hatte, um 120000 Mk. an B., der, wie A. wußte, den Bordellbetrieb in dem Anwesen fortsetzen wollte und auch tatsächlich fortsetzte. In Anrechnung auf den Kaufpreis übernahm B. mehrere auf dem Anwesen ruhende Hypotheken im Gesamtbetrage von 80000 Mk.; 10000 Mk. bezahlte er bar, für den Rest von 30000 Mk. errichtete er auf dem Kaufobjekt eine Hypothek. B. erhob gegen A Klage mit dem Antrag: die Nichtigkeit des Kaufvertrages festzustellen und den A. zur Einwilligung in die Löschung der Hypothek zu 30000 Mk. zu verurteilen. A. beantragte Abweisung der Klage, eventuell beantragte er im Wege der Widerklage, den B. Zug um Zug gegen Zahlung von 10000 Mk. zur Zurückgabe des Anwesens zu verurteilen.

Das Landgericht N. gab der Klage statt und wies die Widerklage ab. Es nahm als erwiesen an, daß lediglich mit Rücksicht auf das in dem Kaufobjekt betriebene Bordellgeschäft der Kaufpreis auf 120000 Mk. festgestellt worden, und daß aus diesem Grunde der Kaufvertrag gemäß § 138 BGB. nichtig sei. Nach dem in § 817 BGB. enthaltenen Satze: „in pari turpitudine melior est condicio possidentis" könne keiner der Streitsteile das auf Grund des Kaufvertrages Geleistete zurückfordern; wohl aber sei der Käufer nach § 817 Satz 2 berechtigt, Befreiung von der noch nicht erfüllten Verpflichtung zur Zahlung des Kaufschillingsrestes und Löschung der hiefür eingetragenen Hypothek zu verlangen. Dieses Urteil hat, so einfach der Sachverhalt ist und so glatt und klar die Entscheidungsgründe lauten, das Interesse weiter juristischer Kreise hervorgerufen. Es dürfte nicht unangebracht sein, den Fall einer etwas eingehenderen Betrachtung zu unterziehen. Es sollen die einzelnen bei der Entscheidung des Falles in Betracht kommenden Fragen der Reihe nach beantwortet werden.

I. Ist der über ein Bordellanwesen abgeschlossene Kaufvertrag nichtig?

In Betracht kommen die Vorschriften der §§ 134 und 138 BGB.

1) Nach § 134 BGB. ist das Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig. Unter der Voraussetzung, daß der Verkauf eines Bordells den Tatbestand des § 180 StGB. bildet, ist der Verkauf nach § 134 nichtig. Diese Voraussetzung aber ist schon deshalb nicht gegeben, weil durch den Verkauf für den Unzuchtbetrieb keine günstigeren Voraussetzungen geschaffen werden, als sie vor dem Verkauf vorhanden waren. (Jur. Wschr. 1892 S. 498.) Selbst dann, wenn der Käufer in dem Anwesen erst ein Bordell einrichten will und es zu diesem Zweck kauft, der Verkäufer auch von dieser Absicht Kenntnis hat, bildet der bloße Verkauf nicht den Tatbestand der Kuppelei. Das bloße Bewußtsein des Verkäufers, es werde der Käufer in dem Kaufobjekt ein Bordell einrichten, macht den Verkäufer nicht zum Kuppler. Es ist ja ausschließlich der freien Willensbetätigung des Käufers anheimgegeben, ob er das gekaufte Haus als Bordell verwenden will oder nicht. Für diese Willensbetätigung trifft den Verkäufer keine Verantwortung. Er hat nur die Möglichkeit dazu geschaffen, und diese Vorbereitungshandlung ist straflos, mag seine Absicht gewesen sein, welche sie wollte. (Jur. Wschr. 1893 S. 4, RGE. in StS. Bd. 24 S. 165; Seuff. Arch. Bd. 49 Nr. 238.) Anders liegt die Sache, wenn der Verkäufer nach den Vertragsbestimmungen die Möglichkeit hat, nach Uebernahme des Hauses durch den Käufer diesem die Benützung des Hauses zu Bordellzwecken zu verbieten, oder wenn er sonst durch positive Tätigkeit den eröffneten Bordellbetrieb fördert oder aus ihm Nutzen zieht. In einem solchen Falle kann mit Rücksicht auf den Zusammenhang, in welchem der Verkauf des Hauses mit der kupplerischen

---

[1]) Nach Vollendung dieser Abhandlung hat Reichsgerichtsrat Foerster im Recht 1905 S. 356 zur Frage der Veräußerung von Grundstücken mit Bordellbetrieb das Wort ergriffen. Er kommt zu folgenden Ergebnissen: Der obligatorische Vertrag, durch den die Verpflichtung zur Uebertragung des Eigentums an einem Grundstück mit und zum Bordellbetrieb begründet werden soll, ist nach § 138 BGB nichtig. Das dingliche Uebereignungsgeschäft aber ist, wenn auch unsittlich, nicht nichtig, weil auf dieses nicht § 138, sondern lediglich § 817 BGB. Anwendung zu finden hat.

Tätigkeit steht, der Beginn der kupplerischen Tätigkeit schon in dem Verkauf gefunden werden. (Jur. Wschr. 1893 S. 5; 1905 S. 242.)

2) Nach § 138 BGB. ist das Rechtsgeschäft nichtig, das gegen die guten Sitten verstößt. Die Frage nun, wann ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstößt, insbesondere welchen Einfluß unsittliche Beweggründe auf die Rechtswirksamkeit eines Rechtsgeschäftes haben, ist in Rechtslehre und Rechtsprechung ungemein bestritten. Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes zeigt den richtigen Weg. Der dem § 138 entsprechende § 106 des E. I lautete: „Ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig."

Nach den Motiven Bd. I S. 211 sollte also Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes nur eintreten, wenn der Inhalt des Rechtsgeschäftes unmittelbar in objektiver Hinsicht und unter Ausscheidung der subjektiven Seite die guten Sitten verletzte. Bei der zweiten Lesung des Gesetzes wurden die Worte „dessen Inhalt" gestrichen. Als Grund dieser Streichung führen die Protokolle Bd. I S. 123 aus: „Es genüge nicht, mit dem E. I die Nichtigkeit nur bezüglich der Rechtsgeschäfte zu bestimmen, deren Inhalt unmittelbar und objektiv unter Ausscheidung der subjektiven Momente die guten Sitten verletze. Wenn auch auf die Motive der Parteien nicht in dem Maße Rücksicht genommen werden dürfe, daß ihre Handlungen einer sittenrichterlichen Kontrolle des Richters unterstellt würden, so sei es doch im einzelnen Fall unerläßlich, die verwerfliche Gesinnung der Beteiligten nicht außer acht zu lassen, weil erst durch Hinzunahme dieses subjektiven Moments der Inhalt der Rechtsgeschäftes in das richtige Licht gerückt werde."

Man wollte also durch die Aenderung nicht schlechthin jedes Rechtsgeschäft, bei dem irgend welche unlautere Motive der Parteien im Spiele sind, selbst dann für nichtig erklären, wenn sein Inhalt nicht gegen die guten Sitten verstößt: Die Motive sollten nur als Auslegungsmittel für den Inhalt des Rechtsgeschäftes selbst herangezogen werden. Wegen des Vorliegens eines unlauteren Beweggrundes allein kann also ein Rechtsgeschäft nicht für unsittlich erklärt werden. Die Verwerflichkeit des Beweggrundes allein ist zivilrechtlich bedeutungslos. (RGE. in StS. Bd. 24 S. 169.) Der sich aus Inhalt, Motiv und Zweck zusammensetzende Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts muß unsittlich sein. (Rspr. d. OLG. Bd. 5 S. 109, Bd. 8 S. 220, Jur. Wschr. 1903 Beil. S. 41, RGE. in ZS. Bd. 56 S. 231.)

Auch die Theorie steht in der Hauptsache auf diesem Standpunkt. (Jakobi in Jherings Jahrb. Bd. 41 S. 109, Loewenfeld-Staudinger § 138 Anm. 5, Rehbein § 134—138 Anm. III 1, Goldmann-Lilienthal I S. 178, Crome I S. 374.) Alle diese Schriftsteller betonen, daß die bloße Verwerflichkeit der Gesinnung, der unsittliche Beweggrund allein, das Geschäft nicht unsittlich macht. Auch Lotmar (Der unmoralische Vertrag S. 68) betont, daß ein pactum nicht wegen der turpitudo personae allein turpe im Rechtssinne mit der Folge der Nichtigkeit ist. Diese Sätze auf den Verkauf eines Bordells im allgemeinen angewandt, ergeben folgendes:

Der Verkauf eines Hauses verstößt nicht schon deswegen gegen die guten Sitten, weil der Käufer in dem Hause ein Bordell einrichten will und dieses dem Verkäufer bekannt ist. Auch nach moralischen Anschauungen braucht der Verkäufer die moralischen Interessen des Käufers nicht in einem so weit gehenden Maße zu wahren. Die Rücksicht auf die guten Sitten verpflichtet den Verkäufer nicht, sein Interesse, sein Grundstück in Geld umzusetzen, lediglich deshalb unberücksichtigt zu lassen, um dem Käufer nicht die Möglichkeit zu gewähren, das Kaufobjekt zu einem verwerflichen Zweck zu gebrauchen.

Wäre das Gegenteil richtig, dann müßte der Notar, vor dem der Kaufvertrag abgeschlossen wird, ebenfalls wegen Verfehlung gegen den § 16 Not.G. zur Rechenschaft gezogen werden, dann wäre das Darlehen, das dem Käufer eines Bordells zur Bezahlung des Kaufpreises gewährt wird, nichtig, dann hätte der Lieferant von Waren an den Bordellinhaber ebenfalls keinen Anspruch auf Bezahlung.

Diese Folgerungen können aber im Ernst nicht gezogen werden. Sie sind auch von der Rechtsprechung nicht gezogen worden. (Bolze, Pr. 8 Nr. 359, Seuff. Arch. Bd. 49 Nr. 238, Rspr. d. OLG. Bd. 5 S. 109, Bd. 8 S. 220 u. 425.) Kohler allerdings hat in seiner Abhandlung: „Die Ideale im Recht" — Arch. f. bürgerl. R. Bd. V S. 195 — das behufs Ankauf eines Bordells gewährte Darlehen, jeden Bordellverkauf für ungültig erklärt mit der Begründung: „Die Rechtsordnung muß alle Geschäfte, welche sich darauf beziehen, von sich ablehnen und als des Rechtsschutzes unwürdig erklären". Warum aber Kohler a. a. O. S. 202 in Konsequenz dieses Standpunktes nicht auch den Verkauf eines für die Dirne bestimmten seidenen Strumpfes oder den Verkauf eines für die Dirne bestimmten Bettes ebenfalls für unsittlich hält, leuchtet nicht ein. Auch diese Gegenstände sind ja dazu bestimmt, von der Dirne bei Ausübung der Unzucht benützt zu werden. Auch sie sind Werkzeuge „zur Verletzung der sittlichen Lebensgebote".

Mit Recht ist Lotmar a. a. O. S. 77 diesen Uebertreibungen entgegengetreten.

Als rechtsunwirksam hat die Rechtsprechung solche Verträge nur unter der Voraussetzung erklärt, daß das unmoralische Element entweder zum Inhalt oder zum ausgesprochenen Vertragszweck der Verträge gemacht wurde.

So hat das Reichsgericht die behufs Ankauf eines Bordells erfolgte Darlehenshingabe aus dem Grunde nicht für unsittlich erklärt, weil die Bestimmung des Geldes nicht zum Vertragszweck gemacht worden sei. (Zeitschr. f. fr. Civilrecht XX. 414.) In Seuff. Arch. 49 Nr. 238 ist zutreffend ausgeführt: „Die völlig freie, durch den Vertragsinhalt in keiner Weise geförderte Absicht der Kontrahenten, die Vertragsleistung zu einem unsittlichen Zwecke zu mißbrauchen, und die Kenntnis dieser Absicht bei dem andern Kontrahenten macht den Vertrag noch nicht zu einem unsittlichen."

Lotmar weist a. a. O. mit Recht darauf hin, daß der Verkauf einer Pistole mit dem Bewußtsein, daß der Käufer die Pistole zur Verletzung eines anderen gebrauchen wolle, nicht nach § 138, sondern nur nach § 134 BGB. nichtig sein kann, insoweit eben der Verkäufer sich der Teilnahme an der von dem Käufer begangenen strafbaren Handlung schuldig macht. Denselben Standpunkt vertritt offensichtlich Stammler in seiner „Lehre vom richtigen Recht", wenn er auf S. 397 sagt: „Das Rechtsgeschäft ist unzulässig, in dem sich zwei derartig verbinden, daß die Leistung des einen an den anderen zum Mißbrauchen des Dritten wesentlich hilft und als solche Hilfe ihrem Sinn nach versprochen wurde; nicht dann ist das Rechtsgeschäft unzulässig, wenn es nur die Möglichkeit eines unrichtigen Zweckes bietet, sondern wenn der Abschließende durch das Rechtsgeschäft zu dem Mißbrauch eines Dritten wesentlich Beihilfe leistet."

Dagegen hat das Reichsgericht für unsittlich erklärt den Kauf eines Bordells, wenn nach dem Inhalt des Vertrages nicht nur das Anwesen, sondern auch das in diesem betriebene unsittliche Gewerbe zum Gegenstand des Geschäfts gemacht, insbesondere wenn der Kaufpreis mit Rücksicht auf den Bordellbetrieb über den gemeinen Wert des Anwesens hinaus festgesetzt wurde. (RGE. in CS. Bd. 29 S. 107, Seuff. Arch. 55 Nr. 70. Ebenso Stammler a. a. O. S. 493.) Als unsittlich ist ferner erklärt worden der über ein Bordell abgeschlossene Mietvertrag, weil eben hier das Bordell als solches zum Vertragsgegenstand gemacht wird. (RGE. in CS. Bd. 39 S. 194, Rspr. d. OLG. Bd. 2 S. 219.) Als unsittlich endlich hat das Reichsgericht einen Vertrag über Lieferung von Waren für ein Bordell und einen damit verbundenen Darlehensvertrag erklärt, weil nach dem Vertragsinhalt der Lieferant und der Darlehensgeber den Bordellbetrieb selbst in eigennütziger Weise förderte und ausnützte. Es wurde festgestellt, daß der Darlehensgeber sich durch hohe Vertragsstrafen das Recht der Alleinlieferung gesichert und sich einen Mindestbezug von Wein hatte gewährleisten lassen. Daß also der Inhalt des Vertrages selbst unsittlich sein müsse, um Nichtigkeit des Vertrages herbeizuführen, hat das Reichsgericht auch in diesem Falle anerkannt. (Jur. Wschr. 1903 Beil. S. 41.)

Um zu dem hier behandelten Bordellverkauf zurückzukommen, so hat das Landgericht festgestellt, daß der Kaufpreis mit Rücksicht auf die Bordelleigenschaft des Anwesens über den gemeinen Wert hinaus bemessen worden sei. Aus dieser Tatsache hat das Gericht unter Bezugnahme auf die RGE. in CS. Bd. 29 S. 107 und Rspr. d. OLG. Bd. 7 S. 11 gefolgert, daß Gegenstand des Kaufvertrages auch der unsittliche Gewerbetrieb sei und aus diesem Grunde der Kaufvertrag selbst in seiner Totalität nichtig sei. Diese Entscheidung hat die Autorität der konstanten reichsgerichtlichen Rechtsprechung für sich. Roma locuta, causa finita.

Nur der folgende leise Zweifel sei gestattet: Das Kaufobjekt lag in einem sogenannten Bordellviertel. Nur in diesen Häusern gestattet die Polizei den Bordellbetrieb. Dieser Umstand ist der eigentliche Grund, aus dem für diese Häuser ein Kaufpreis gezahlt wird, der den gemeinen Wert der Häuser übersteigt. Wenn nun für ein solches Anwesen der Kaufpreis vereinbart wird, den es unter den gegebenen Umständen nun einmal hat, ist diese Vereinbarung ohne weiteres nach den Anschauungen der beteiligten Kreise unmoralisch? Macht man sich nicht, wenn man diese Frage schlechthin bejaht, im Grunde genommen einer der bekannten konventionellen Lügen schuldig? Wird der Notar, der einen solchen Kaufvertrag beurkundet, der Mitwirkung an einem unsittlichen Rechtsgeschäft geziehen? Ganz sicherlich nicht. Die Aufsichtsbehörde wird aus diesem Grunde noch gegen keinen Notar vorgegangen sein.

Der 1. Senat des OLG. Hamburg hat in seiner in der Rechtsprechung der OLG. Bd. 8 S. 425 mitgeteilten Entscheidung offensichtlich den diesseits angeregten Zweifel geteilt.[1]) Doch dieser nur leise Zweifel soll gegenüber der Autorität des Reichsgerichts unterdrückt und der hier besprochene Kaufvertrag wegen Verstoßes gegen § 138 BGB. als nichtig angesehen werden.

II. **Berechtigte nun die Nichtigkeit des Kaufvertrages den Käufer, die Löschung der für die Kaufpreisrestschuld eingetragenen Hypothek zu verlangen?**

Diese Frage hat das Landgericht auf Grund des § 817 Satz 2 BGB. ohne weitere Begründung bejaht.

---

[1]) Das Reichsgericht, welches diese Entscheidung als Revisionsgericht aufhob, hat anerkannt, daß der Verkäufer nicht schon deshalb unsittlich handelte, weil er das Bordell verkaufte, obwohl er wußte, daß der Käufer den Bordellbetrieb fortsetzen wolle. Es hat den Kaufvertrag aber deshalb und nur deshalb als unsittlich erklärt, weil sich der Käufer durch Vertrag verpflichtet hatte, die Schulden der Dirnen an den Verkäufer zu bezahlen, und weil sich der Verkäufer verpflichtet hatte, die Dirnen nicht auszumieten, er also auf diese Weise den ungestörten Fortbetrieb des Bordells sichern half. (Zentralbl. f. freiw. Gerichtsb. 1905. S. 550.)

Die Bezugnahme auf § 817 BGB. war unter allen Umständen unrichtig. Diese Gesetzesbestimmung handelt von dem Fall, daß ein Schuldner ob turpem causam *geleistet hat*, wenn auch nicht durch Barzahlung, so doch durch Abgabe eines abstrakten, von dem zugrunde liegenden Kausalgeschäft losgelösten Schuldversprechens. Nur die Abgabe eines *derartigen* Schuldbekenntnisses gilt als *Leistung*, welche Gegenstand eines Bereicherungsanspruchs sein kann. (§ 812 Abs. II BGB.) Hat der Käufer — im besprochenen Falle unter der Herrschaft des bayerischen Hypothekengesetzes — in dem Kaufvertrage für die *Kaufpreisschuld* Hypothek bestellt, so hat er im Sinne der §§ 812, 817 BGB. nichts *geleistet*; seine Schuldverbindlichkeit beruht auf keinem selbständigen Verpflichtungsgrund, sondern ist mit ihrer causa verknüpft und in ihrer Rechtswirksamkeit von dieser abhängig. Die causa aber ist nach § 138 BGB. nichtig und diese Nichtigkeit erfaßt auch die Schuldverbindlichkeit. Die für die nichtige Kaufpreisforderung bestellte Hypothek ist nach § 2 des Bayr. Hyp.G. gleichfalls nichtig. Diese Nichtigkeit ist eine gesetzliche Folge des nach dem bayrischen Recht streng akzessorischen Charakters der Hypothek; (RGE. in CS. Bd. 36 S. 315.) Die *Kondiktion* einer *nichtigen* Hypothekforderung ist aber begrifflich ausgeschlossen.[1])

Die von dem Bordellkäufer erhobene Löschungsklage ist also lediglich die Feststellungsklage, gerichtet auf Feststellung der Nichtigkeit der Hypothek wegen Rechtsunwirksamkeit der zugrunde liegenden Forderung.

*Diese* Klage ist nun *an sich* zweifellos begründet. Es entspricht aber sicherlich nicht einem gesunden Rechtsbewußtsein, daß der Käufer eines Bordells, der z. B. den ganzen Kaufspreis schuldig geblieben und dafür dem Verkäufer Hypothek bestellt hat, berechtigt sein soll, einerseits im Besitze des Bordells zu bleiben, andererseits aber die ganze Kaufpreisforderung auf dem Klagewege von sich abzuwälzen. In diesem Vorgehen des Käufers wird jedermann eine größere Gemeinheit erblicken, als in dem Abschluß des Kaufvertrages. Und doch soll, während der *Kaufvertragsabschluß* den guten Sitten widerstreiten und deshalb außerhalb des Rechtsschutzes stehen soll, das klagsweise Vorgehen des Käufers den Schutz des Gesetzes und der Gerichte finden?

Das Rechtsgefühl kann dieses Ergebnis nicht befriedigen. Es ist auch in der Tat vermeidbar. Auch die *Rechtsausübung* hat ihre Schranken in der Moral. Verstößt die Rechtsausübung selbst gegen die guten Sitten, so steht der Klage die auf § 138 BGB. sich stützende Einrede der „Gemeinheit" entgegen. Diese Einrede wird durch die exceptio doli generalis mit umfaßt. Dieser selbstverständliche Satz ergibt sich klar aus Art. 30 EG. z. BGB., der *die Anwendung* eines ausländischen Gesetzes dann verbietet, wenn dessen Anwendung gegen § 138 BGB. verstoßen würde, und aus § 226 BGB., der die *Ausübung* eines Rechts in schikanöser Weise untersagt. Versteht man mit der herrschenden Rechtslehre und Rechtsprechung — Windscheid I § 69, Crome I S. 316, Mot. z. BGB. I 126, Manigk, Jur. Ztschr. 1902 S. 279, Rspr. d. OLG. Bd. 6 S. 24, RGE. in CS. Bd. 58 S. 97 — unter Rechtsgeschäft jede Willenserklärung, die eine Rechtsfolge zum Zwecke hat, so ist auch die *Klagehandlung* ein Rechtsgeschäft — Crome I 552 — und als solches dem § 138 BGB. unterstellt. Neubecker im Arch. f. bürgerl. R. XXII S. 90 und Kohler in seiner Abhandlung „Die Ideale im Recht", Arch. f. bürgerl. R. Bd. V Nr. 6 wollen sogar dem Bordellkäufer unter allen Umständen die condictio seines abstrakten Schuldversprechens versagen, also selbst dann, wenn er seinerseits das, was er aus dem nichtigen Kaufvertrag erlangt hat, zurückzugeben bereit ist.

Neubecker sagt: „Nach dem *Wortlaut* des § 817 kann der unter Verstoß gegen die guten Sitten Leistende den abstrakten Vertrag kondizieren, er kann also *klagen*, er kann von dem Richter verlangen, daß derselbe ihm seine Gemeinheit bescheinigt und ihn so sicher stellt gegen alle etwaigen unangenehmen Folgen. Ein englischer Richter würde solche Klage mit Verachtung zurückweisen und den Rechtsanwalt in Strafe nehmen. Soll unser Richter in die Kaschemme niedersteigen? Ich möchte daher *die Klage* versagen." Diese im Stile Kohlers gehaltene Ausführung schießt nun sicher über das Ziel hinaus. Es ist nicht abzusehen, warum einem Bordellkäufer die Rechtsordnung nicht zur Aufhebung der durch den Bordellverkauf eingegangenen Schuldverbindlichkeit ihren Schutz gewähren soll? Die Aufhebung und Rückgängigmachung eines unsittlichen Rechtsgeschäftes verstößt gewiß nicht gegen die guten Sitten. Der

---

[1]) Wäre die Hypothek unter der Herrschaft des BGB. bestellt worden, dann wäre ihre Nichtigkeit wohl nicht anzunehmen. Hier gilt dasselbe, was unter Ziff. III A bei der Frage, ob die Nichtigkeit des Kausalgeschäftes auch die Nichtigkeit des Uebereignungsgeschäftes zur Folge hat, behandelt ist. RGE. in CS. Bd. 52 S. 114.

Die Nichtigkeit der Hypothek wäre nur dann anzunehmen, wenn das dingliche Hypothekbestellungsgeschäft selbst trotz seiner abstrakten Natur als unsittlich erachtet werden könnte. In diesem Falle stünde dem Bordellkäufer, vorausgesetzt, daß er trotz des unsittlichen Charakters des Kaufvertrages Eigentümer geworden wäre, die Berichtigungsklage des § 894 BGB. zu.

Erachtet man aber die Hypothek mit Rücksicht auf ihre abstrakte Natur als rechtswirksam, dann steht bei Nichtigkeit der zugrunde liegenden Forderung die Hypothek als Grundschuld dem Eigentümer selbst zu. § 1163 BGB., Dernburg, Bürgerl. R. III § 221 Ziff. II 1. Ebenso Förster a. a. O. S. 357. Darüber, wie in diesem Falle der Eigentümer gegen den eingetragenen Hypothekgläubiger die Berichtigung des Grundbuches herbeizuführen hat, vergleiche E. d. RG. Jur. Wschr. 1901 S. 241.

deutsche Richter steigt also nicht in die Kaschemme, sondern er wendet die ausdrückliche Gesetzesvorschrift des § 817 Satz 2 an, wenn er der Klage des Bordellkäufers auf Befreiung von der Schuldverbindlichkeit stattgibt. Insoweit aber ist Neubecker und Kohler beizustimmen, als der Klage dann nicht stattgegeben werden darf, wenn die Klage des Bordellkäufers nach den Umständen des Falles von jedem billig und anständig denkenden Menschen als Gemeinheit empfunden wird. Dieses aber ist, wie bemerkt, sicher der Fall, wenn der Bordellkäufer auf Grund eines formalen Rechtssatzes Befreiung von der eingegangenen Verbindlichkeit verlangt, seinerseits aber im Besitz des durch das unsittliche Rechtsgeschäft erlangten Vorteils bleiben will.

Das Reichsgericht hat den hier vertretenen Standpunkt insoferne gebilligt, als es wiederholt ausgesprochen hat: „Die Arglist-Einrede muß auch gewährt werden gegen ein Klagebegehren, das an sich in den Gesetzen begründet ist, dessen Erfüllung aber eine offenbare Unbilligkeit in sich schließen würde. Die Arglist liegt hier schon in der Geltendmachung eines solchen mit den Grundsätzen der Billigkeit nicht zu vereinbarenden Anspruchs, ohne daß es auf die Feststellung eines außerhalb des Rechtsstreites liegenden arglistigen Verhaltens ankommt." (Jur. Wschr. 1898 S. 425 u. 654; 1900 S. 322.) Diesen hinsichtlich der exceptio doli auf Grund des preußischen Landrechts und des gemeinen Rechts eingenommenen Standpunkt hat das Reichsgericht nach dem Inkrafttreten des BGB. erst recht beibehalten. (Crome I S. 186. — Jur. Wschr. 1904 S. 89, 139, 481, 482 u. 555, RGE. in ZS. Bd. 57 S. 372, Bd. 58 S. 356 und 425, Seuff. Bl. Bd. 69 S. 488, Silbermann in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1905 S. 35.) In der Entscheidung Bd. 58 S. 356 ist ausdrücklich anerkannt, daß die Vorschrift des § 138 eine Grundlage für die exceptio doli generalis bildet. Daß die Einrede der Arglist immer und überall auf allen Rechtsgebieten zu beachten ist, ergibt sich daraus, daß sie sogar gegenüber den dem öffentlichen Recht angehörenden Prozeßvorschriften gilt — Jur. Wschr. 1896 S. 692; RGE. in ZS. Bd. 40 S. 401 —, ja daß sie sogar unter Umständen gegenüber dem rechtskräftigen Urteil gegeben ist. (Seuff. Arch. Bd. 53 S. 68 und diese Zeitschr. 1905 S. 125.)[1])

Wenn also das Landgericht auf Grund der Erwägung: „Der Kläger handle arglistig, wenn er trotz der Möglichkeit, durch Zurückgabe des Bordellanwesens die Folgen des unsittlichen Kaufvertrages rückgängig zu machen, einerseits die Beseitigung seiner Schuldverbindlichkeit verlangt, andererseits aber das in unsittlicher Weise Erlangte behalten will", die Klage abgewiesen hätte, so würde es lediglich in zutreffender Weise von der exceptio doli generalis Gebrauch gemacht haben. Diese gewährt eben das Recht, eine geschuldete Leistung zu verweigern, weil derjenige, welcher den Anspruch erhebt, arglistig handelt, indem er die Leistung — sei es in diesem Augenblick oder überhaupt — fordert.

(Schluß folgt.)

[1]) Ebenso Dernburg in DJZ. 1905 S. 466.

---

# Mitteilungen aus der Praxis.

**Einstellung des Verfahrens bei Zurücknahme von Privatklage und Strafantrag.** Wohl die Mehrzahl der wegen Beleidigung angestrengten Privatklagen findet in dem zur Hauptverhandlung anberaumten Termine dadurch ihre Erledigung, daß die Beklagten die beleidigenden Aeußerungen unter dem Ausdrucke des Bedauerns unter gleichzeitiger Verpflichtung zur Kostentragung abbitten, wogegen die Kläger Privatklage und Strafantrag zurücknehmen, ferner durch Versäumnis des Privatklägers nach § 432 II StPO. Soll nun die Einstellung in diesen Fällen durch Urteil oder durch Beschluß ausgesprochen werden?

Eine Reihe von Gerichten erläßt Urteil und stützt sich hier auf § 259 StPO., wonach das die Hauptverhandlung schließende Urteil auf Freisprechung, Verurteilung oder Einstellung des Verfahrens lautet, letzteres insbesondere bei rechtzeitiger Zurücknahme des Antrags. (§ 259 II.) Allein m. E. zu Unrecht.

Bei der wirklichen und der fingierten Zurücknahme der Klage hat die Einstellung des Verfahrens durch Beschluß zu erfolgen (vgl. Löwe, Komm. zur StPO. 11. Aufl. 1904 Note 7 zu § 431 und die dort zitierte Literatur). Eine nähere Begründung gibt Löwe nicht; diese dürfte sich folgendermaßen gestalten. Abs. IV des § 431 StPO. gibt dem Privatkläger im Falle der angenommenen Klagszurücknahme gegen die die Einstellung des Verfahrens aussprechende Entscheidung einzig und allein den Anspruch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Damit ist aber auch der Fingerzeig für die Form der Entscheidung gegeben; diese ist ein Beschluß, nicht ein Urteil. Denn gegen ein Urteil steht dem Privatkläger das Rechtsmittel der Berufung zu (§ 354). Durch die Einreihung eines eigenen Behelfs gegen die im Falle des § 431 zu treffende Entscheidung ist genugsam angedeutet, daß diese kein Urteil sein soll; ein Schöffengerichtsurteil ist nur mit Berufung angreifbar. Das Urteil als Erkenntnis scheidet also aus, an seine Stelle tritt der Beschluß.

Wer nur für Einstellung des Verfahrens durch Urteil ist, wird einwenden, daß wie gegen das Urteil die Berufung, so gegen den Beschluß die Beschwerde das zulässige Rechtsmittel sei und so, was gegen das Urteil spräche (die Bestimmung in Abs. IV des § 431), gerade so gut gegen den Beschluß spreche und somit im Hinblick auf § 259 doch das Urteil die richtige Entscheidung sei. Allein diese Anschauung erweist sich nur auf den ersten Blick als bestechend, tatsächlich ist sie irrig. § 354 spricht den Grundsatz aus, daß gegen die Urteile des Schöffengerichts die Berufung stattfinde, und zwar ohne Einschränkung. § 346 dagegen sagt:

„Die Beschwerde ist gegen alle von den Gerichten in I. Instanz oder in der Berufungsinstanz erlassenen Beschlüsse zulässig, soweit das Gesetz dieselben nicht

ausdrücklich einer Anfechtung (sc. durch Beschwerde) entzieht."

„Gegen alle übrigen Entscheidungen der Gerichte ist also, von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen abgesehen, die Beschwerde gegeben" (so Löwe l. c. Note 1a zu 346). Durch die im Nebensatze mit „insoweit" normierte Einschränkung entfällt also die Beschwerde gegen einen Beschluß in den gesetzlich bestimmten Ausnahmen, folglich da, wo die StPO. dies ausdrücklich sagt, so §§ 46 II, 200 II, 346 III usw. Dann aber auch da, wo eben auf Grund dieser Einschränkung an Stelle der an sich zulässigen Beschwerde das Gesetz einen anderen Rechtsbehelf wie in § 431 IV die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gibt.

Die in § 346 vorgesehenen Ausnahmen sind eben negativer und positiver Art: entweder die Anfechtung entfällt überhaupt oder der Beschluß ist in genau zu bestimmender Weise anzufechten. Damit rechtfertigt sich aber auch die Bestimmung in Abs. IV des § 431 und damit auch die Anschauung, daß im Falle der fingierten Klagszurücknahme die Einstellung des Verfahrens durch Beschluß auszusprechen ist. Und was für die fingierte Klagszurücknahme gilt, gilt im Wege des Rückschlusses auch für die wirkliche Zurücknahme von Privatklage und Strafantrag.

Rechtsanwalt Godron in Fürth.

**Zu § 536 ZPO.** Der Kläger klagte gegen den Konkursverwalter auf Feststellung von 470 Mk. 10 Pfg. Provision als nach § 61[1] KO. bevorrechtigter Forderung. Das Landgericht wies die Klage in Höhe von 134 Mk. ab, stellte den Rest als einfache Forderung ohne Vorrecht fest und hob die Kosten des Rechtsstreits gegeneinander auf. Nun legte der Kläger Berufung ein. Er wollte die ganze Forderung von 470 Mk. 10 Pfg. als bevorrechtigte Forderung festgestellt sehen. Der Beklagte bat nur um Abweisung der Berufung, ohne sich anzuschließen, erkannte dann, als der Kläger die in erster Instanz abgewiesene Provision in Höhe von 134 Mk. näher begründet hatte, diese als einfache Forderung an. Unstreitig war die Lage des Konkurses so, daß die nicht bevorrechtigten Gläubiger etwa 15% bekommen würden. Das Berufungsgericht stellte die anerkannte Forderung von 134 Mk. als einfache fest und wies im übrigen die Berufung zurück und legte die Kosten des Rechtsstreits dem Beklagten auf, bis auf einen Beitrag des Klägers von 20 Mk. Es wurde dabei erwogen, daß in erster Instanz 470 Mk. 10 Pfg. Wert des Streitgegenstandes gewesen sei. 15% von dem in erster Instanz zuerkannten Betrage seien 50 Mk. 40 Pfg., rechne man dazu 15% von den erst in der Berufungsinstanz festgestellten 134 Mk. also 20 Mk. 10 Pfg., so siege der Kläger ob mit 70 Mk. 56 Pfg. von 470 Mk. 10 Pfg. und mit 20 Mk. 10 Pfg. von 419 Mk. 70 Pfg., denn in zweiter Instanz habe es sich um die 50 Mk. 40 Pfg. nicht mehr gehandelt. Allerdings hatte auf diese Weise der Beklagte, obgleich er in zweiter Instanz mit 20 Mk. 10 Pfg. siegte, ganz abgesehen von den Kosten der Berufung, Nachteil davon, daß er überhaupt Berufung eingelegt hatte, denn in erster Instanz waren die Kosten (offenbar unzutreffend) gegen einander aufgehoben. Es entstand die Frage, ob das nicht eine unzulässige reformatio in pejus sei. Darüber sagte das Oberlandesgericht folgendes: Das Verbot der reformatio in pejus bezieht sich nur auf Ansprüche, die an die Anträge der Parteien gebunden sind, wie der Zusammenhang mit dem Grundsatze des § 308 ZPO. ergibt. Durch dessen Abs. 2 ist in Ansehung des Kostenpunktes eine Ausnahme von der Regel des Abs. 1 gemacht, weil die Verpflichtung zur Tragung der Prozeßkosten grundsätzlich als notwendige Folge aus dem Unterliegen in der Hauptsache erwächst. Ueber die Kostenpflicht ist daher auch ohne Antrag, also von Amts wegen zu entscheiden und zwar ohne die Begrenzung des § 536, falls nicht etwa, was nicht geschehen, auch hier bestimmte Anträge gestellt werden. (Urt. des VII. Z.-S. des OLG. Breslau vom 13. November 1904 in Sachen Drescher gegen Stemmer.) Es läßt sich über die Frage, ob man so im Kostenpunkt in pejus reformieren kann, gewiß sehr streiten. Ich habe diese Entscheidung mitgeteilt, weil ich in keinem Kommentar darüber etwas habe finden können.

Geh. Justizrat H. Meyer in Breslau.

**Zu § 339 ff. BGB. und Art. 13 AG. z. BGB.** Auf Grund des Art. 18 EG. z. HGB. hat das bayerische Ausführungsgesetz zum BGB. in seinem Art. 13 aus den früheren gesetzlichen Bestimmungen über den Bierlieferungsvertrag noch folgende drei Punkte zur Regelung übernommen, wogegen im übrigen für diesen die Rechtssätze des BGB. Anwendung finden.

1. Es soll, wenn der Vertrag ohne Bestimmung der Menge des zu liefernden Bieres abgeschlossen ist, als Gegenstand des Vertrages der gesamte Bierbedarf während der Vertragsdauer gelten.
2. Ist der Vertrag auf unbestimmte Zeit abgeschlossen, so ist beiderseitige Kündigung für den Monat September jeden Jahres zulässig.
3. Geht das Geschäft des einen oder anderen Teiles durch Rechtsgeschäft unter Lebenden auf einen Dritten über, so hat der bisherige Inhaber dafür einzustehen, daß der neue Inhaber in den Vertrag eintritt.

Zur Erzwingung der Einhaltung der Verpflichtungen aus solchen Bierlieferungsverträgen findet sich in ihnen häufig folgende allgemein gehaltene Vertragsstrafbestimmung.

„Der Abnehmer verpflichtet sich, für den Fall der Zuwiderhandlung gegen die Bestimmungen des Vertrages eine sofort fällige Vertragsstrafe von .... Mk. an den Brauer zu bezahlen."

Die rechtliche Bedeutung dieser Klausel unterliegt zunächst der Auslegung nach §§ 133, 157 BGB. Die Vertragsstrafe kann trotz ihrer Bezeichnung als solche als Reugeld (§ 359 BGB.) oder entgegengesetzt als unbeschränkte Garantieleistung von den Vertragsteilen gewollt sein. Bei Einhaltung der gebotenen Grenze der Auslegung (JW. 1905 S. 336) ist keine dieser Abarten der eigentlichen Vertragsstrafe als in obiger Klausel enthalten zu erachten. Es treffen aber auch für sie die Voraussetzungen für die Verwirkung der Vertragsstrafe nach § 339 BGB. nicht uneingeschränkt zu. Handelt der Wirt schuldhafterweise dem Vertrage zuwider, so ist die Vertragsstrafe verwirkt; es bedarf hierzu nicht noch der förmlichen Inverzugsetzung durch den Bräuer, (so auch Staub HGB. § 348 Anm. 8).

Die Rechte des Bräuers, wie des Wirtes, aus dieser Vertragsstrafbestimmung sind die des § 340 BGB., nicht die des § 341 BGB. Stellt der Wirt den Bier=

bezug ganz oder teilweise ein, so hat er damit seine Verpflichtung aus dem Bierlieferungsvertrage überhaupt nicht mehr erfüllt, denn er ist nach Art. 13 AG. z. BGB. verpflichtet, seinen gesamten Bedarf von dem Bräuer zu beziehen.

Nach § 340 BGB. kann deshalb der Bräuer Erfüllung des Vertrages oder Vertragsstrafe verlangen. Hat er einmal diese verlangt, kann er nicht mehr daneben auch Vertragserfüllung begehren. Die Geltendmachung eines weiteren Schadens neben der Vertragsstrafe gemäß § 340 Abs. 2 BGB. richtet sich nach §§ 280, 275, 325 BGB.

Will der Bräuer Vertragserfüllung und Vertragsstrafe sich sichern, so muß sich dies aus dem Vertrage, wenn auch nicht unmittelbar aus dem Wortlaut, ergeben. Z. B. es wird die Strafe für jeden Fall der Zuwiderhandlung bedungen oder es ist die Strafe so gering bemessen, daß in Vergleichung mit dem Interesse an der Vertragserfüllung die einmalige Entrichtung der Strafe nach dem Parteiwillen den den Vertrag Verletzenden von der weiteren Vertragserfüllung nicht befreien soll.

Insbesondere ist die Vertragsstrafe ohne weiteres verwirkt, wenn der Wirt oder Bräuer der gesetzlichen Bestimmung des Art. 13 Abs. 2 AG. z. BGB. zuwiderhandelt. Insoweit kommt der obigen Klausel die Natur einer unbeschränkten Garantieleistung zu.

Wenn nun auch Art. 13 Abs. 2 AG. z. BGB. nur die gegenseitigen Rechte der Vertragsteile für den Fall des Geschäftsüberganges regelt, so ergibt sich hieraus doch zugleich die Verpflichtung des andern Vertragsteiles, seinerseits bis zum Ablaufe der Vertragsdauer dem neuen Geschäftsinhaber gegenüber den Vertrag nach den bisherigen Bestimmungen zu erfüllen. Besondere Umstände können diese Regel aufheben, z. B. §§ 321, 325 BGB., die auch für das BGB. noch geltende Bestimmung der clausula rebus sic stantibus. Z. B. die Brauerei stellt Bier einer ganz besonderen Art her oder bringt ihr Bier unter einem ausschließlichen, allgemein bekannten Namen, welcher für dessen Abnahme beim Publikum ausschlaggebend ist, in den Verkehr und der neue Geschäftsinhaber kann oder darf solches Bier nicht mehr herstellen oder unter diesem Namen nicht mehr absetzen. Letzteres wird bei der Fusion mit sofortiger Verschmelzung der ursprünglichen Vertragsbrauerei mit einer anderen Aktiengesellschafts-Brauerei nach §§ 305, 306 HGB. der Fall sein, wenn durch die Fusion die Firma der Ersteren erlischt und die übernehmende Brauerei das Bier dann unter dem alten verkehrsüblichen Namen nicht mehr abgeben kann.[1])

Ob ein solcher Ausnahmefall vorliegt, ist Tatfrage.

Die Höhe der Vertragsstrafe unterliegt der Parteivereinbarung mit der Schranke des § 343 BGB., wobei jedoch § 348 und § 352 HGB. zu berücksichtigen sind.

Landgerichtsrat Vogel in München.

---

**Schadensersatz wegen zwangsweiser Versteigerung eines im Abzahlungsgeschäfte unter Eigentumsvorbehalt gekauften Gegenstandes.** K. kaufte in dem Abzahlungsgeschäfte des A. Waren um den Gesamtpreis von 200 Mk., wovon durch die in regelmäßigen Fristen zu leistenden und von K. bisher eingehaltenen Teilzahlungen 150 Mk. bezahlt sind. An den Waren behielt sich A. das Eigentumsrecht vor. Zu diesen von K. gekauften und bezogenen Waren gehörte ein Schrank zum Preise von 45 Mk. Dieser Schrank wurde auf Betreiben des Gläubigers G. bei K. gepfändet und zwangsweise um 20 Mk. versteigert, obwohl dem G. das Eigentum des A. glaubhaft gemacht worden war. Der auf die §§ 816 und 823 BGB. gestützte Schadensersatzanspruch des A. ist unbegründet.

Es ist davon auszugehen, daß der zwischen A. und K. über den Schrank geschlossene Kaufvertrag trotz der zwangsweisen Versteigerung des Kaufgegenstandes bestehen geblieben ist. Es sind deshalb die Rechte, welche dem A. an dem Schranke zur Zeit der Versteigerung zustanden, nach dem Kaufvertrage zu beurteilen. Danach hatte er, solange K. seine Zahlungsverpflichtungen einhielt, trotz seines Eigentumsvorbehaltes nicht das Recht, den Schrank von K. zurückzufordern. Der Eigentumsvorbehalt diente ihm nur zur Sicherung seiner Kaufpreisforderung. Er hatte den Schrank dem K. unter der aufschiebenden Bedingung der Bezahlung der Kaufpreisschulden tradiert (§ 455 BGB.) und war während des Schwebens der Bedingung nicht berechtigt, irgend eine Verfügung über ihn zu treffen (§ 161 BGB.). Etwaige von ihm während dieser Zeit über den Schrank getroffene Verfügungen wären dem Käufer gegenüber im Falle des Eintritts der Bedingung wirkungslos. Aus dieser Sach- und Rechtslage zur Zeit der Versteigerung des Schrankes folgt zunächst, daß, soferne eine schuldhafte Verletzung des Eigentums des A. durch G. anzunehmen wäre, jedenfalls das Verlangen nach einer Geldzahlung zur Zeit nicht begründet wäre. Denn A. erlitt nur insofern einen Schaden, als ihm eine Sicherheit entzogen wurde. Der Schadensersatz, den er nach §§ 823 I, 249, 251 BGB. begehren könnte, würde in der Wiederherstellung des früheren Zustandes, also in der Wiederverschaffung des Schrankes bestehen, und für den Fall der Unmöglichkeit in einer Geldleistung, welche dem A. an Stelle des Schrankes als Sicherheit diente. Es ist aber zur Zeit noch gar nicht abzusehen, ob durch die Versteigerung des Schrankes A. überhaupt eine Vermögenseinbuße erlitten hat. Er hatte zur Zeit der Versteigerung nicht die Kaufpreisforderung gegen K. und den Schrank in seinem Vermögen, sondern nur die Forderung; diese mag durch den Wegfall der im Eigentumsvorbehalt liegenden Sicherung nicht mehr so gut sein, als sie vorher war, jedenfalls besteht sie noch und hat auch noch durch den bezüglich der übrigen Kaufsgegenstände geltenden Eigentumsvorbehalt, der nach den Vertragsbestimmungen auch zur Sicherung der Kaufpreisforderung für den Schrank dient, dingliche Sicherheit. Es läßt sich daher zur Zeit jedenfalls nicht sagen, daß dem A. ein Verlust seiner Forderung droht. Will A. eine Entschädigung in Geld, dann muß er zuwarten, bis sich feststellen läßt, ob die Entziehung der Sicherheit einen Vermögensverlust bewirkte. Zur Zeit ist dies nicht der Fall.

Die festgestellte Sach- und Rechtslage führt weiter zu dem Ergebnisse, daß auch der Anspruch, soweit er sich auf die Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung stützt, verfrüht ist.

Allerdings ist, soferne ein Gläubiger eine seinem Schuldner fremde Sache auf Grund des gegen diesen erlangten Vollstreckungstitels zwangsweise versteigern läßt, dies als eine Verfügung im Sinne des § 816 BGB. anzusehen und der Versteigerungserlös vom Gläubiger an den Eigentümer herauszugeben. In unserem Falle

---

[1]) In einer der nächsten Nummern wird ein bemerkenswertes Urt. des OLG. München über diese Fragen veröffentlicht werden.

kommt aber in Betracht, daß A. den Schrank verkauft und für ihn eine Forderung erworben hatte, und daß das vorbehaltene Eigentum nur die Forderung sichern sollte, also ein selbständiges Vermögensaktivum für A. nicht mehr war. A. kann nach § 816 BGB. den Versteigerungserlös nur dann verlangen, wenn sein Vermögen um diesen vermindert, die Bereicherung des G. auf seine Kosten bewirkt wurde. Dies läßt sich während des Schwebens der Bedingung, unter welcher der Schrank dem K. tradiert wurde, also solange K. seinen Vertragsverpflichtungen nachkommt und die ihm obliegenden Teilzahlungen noch nicht beendet sind, nicht feststellen. Kommt K. seinen Verpflichtungen vollständig nach, dann steht fest, daß durch die Versteigerung des Schrankes das Vermögen des A. nicht vermindert wurde, eine Bereicherung des G. auf seine Kosten nicht vorliegt. Im andern Falle dagegen würde der Anspruch des A. auf Herausgabe des Versteigerungserlöses nach § 816 BGB. alsdann begründet sein.

Amtsrichter Dr. Stein in München.

# Aus der Praxis der Gerichte.

## Reichsgericht.

### A. Zivilsachen.

I.

**Zu § 833 BGB. und § 304 ZPO.** Der Beklagte, ein Bauer, brachte zum Kläger, einem Hufschmied, ein Füllen zum Beschlagen. Als sich der Kläger, dessen Geselle das Eisen anschlagen sollte, bemühte, das Bein des Tieres zu halten, schlug dieses aus und traf den Kläger derart, daß ein Schenkelbruch eintrat. Auf die Klage, mit welcher für bleibende Nachteile in der Erwerbsfähigkeit eine nach dem Ermessen des Gerichts oder dem Gutachten von Sachverständigen zu bemessende Rente, eine in gleicher Weise zu ermittelnde Entschädigung als Schmerzensgeld und für die bleibende Verunstaltung sowie der Ersatz für Verdienstentgang und Heilungskosten in näher zu liquidierendem Betrage gefordert und welcher der Antrag auf Abweisung entgegengesetzt wurde, da der Kläger an seinem Unglücke selbst schuld sei, erklärte das Landgericht mit Zwischenurteil den Beklagten zum Ersatze der Hälfte des Schadens verpflichtet; es nahm ein mitwirkendes Verschulden des Klägers an, der es versäumt habe, das empfindliche und durch zwei Versuche, das Bein zu fassen, bereits unruhig gewordene Pferd vor seinem eigenen, jedenfalls derben Zugreifen zu beruhigen. Die Berufung des Beklagten wurde vom Oberlandesgericht Zweibrücken zurückgewiesen und auf die Anschließung des Klägers hin der Beklagte zum Ersatze des ganzen Schadens verpflichtet erklärt; das Berufungsgericht erachtete den Beklagten nach § 833 BGB. als Halter des Tieres zum Schadensersatze verbunden, da der Erfolg durch ein selbständiges willkürliches Tun des seiner Natur folgenden Tieres herbeigeführt sei, und verneinte das Vorliegen eines bei der Entstehung des Schadens mitwirkenden Verschuldens des Klägers, da ein Anlaß zum Aufschube des Beschlaggeschäftes oder zur Anwendung besonderer Schutzvorrichtungen nicht vorhanden, die Anwendung besonderer Beruhigungsmittel nicht veranlaßt und auch sonst eine Außerachtlassung der nötigen Sorgfalt durch den Kläger nicht gegeben sei. Das Reichsgericht (VII. Z.-S.) hob das Berufungsurteil auf und verwies die Sache zurück.

Aus den Gründen: Die Aufhebung des Berufungsurteils muß im ganzen Umfang deswegen erfolgen, weil es ein nach § 304 ZPO. erlassenes Zwischenurteil ist, ohne daß die gesetzlichen Voraussetzungen eines solchen vorlägen. Zu diesen gehört, daß der Klageanspruch dem Betrage nach streitig sei; (vgl. Entsch. Bd. 58 S. 232). Davon kann aber solange nicht die Rede sein, als nicht ein bestimmter Betrag gefordert ist, und das ist hier bei keinem der einzelnen Ansprüche der Fall. Ehe das Gericht in einem solchen Fall ein Urteil über den Grund eines Anspruchs erlassen kann, muß es die Parteien veranlassen, sich über den Betrag auszusprechen.... Das angefochtene Urteil ist auch materiell unhaltbar.... Das Oberlandesgericht hat darin rechtlich geirrt, daß es dem zwischen den Parteien bestehenden Vertragsverhältnisse keinen Einfluß auf die Beurteilung der Sache gestattet hat. Siehe Entsch. Bd. 58 S. 410, wo ausgesprochen ist, daß in erster Linie nach dem Inhalte des Vertrages zu beurteilen sei, ob und inwieweit die Haftung aus § 833 BGB. ausgeschlossen sei, wenn sich der nunmehr Beschädigte dem Tierhalter vertragsmäßig verpflichtet habe, gewisse Verrichtungen an oder mit dem Tiere vorzunehmen. (Dort ein Trainer, hier ähnlich ein Hufschmied.) Der Kläger hatte hier durch Werkvertrag dem Beklagten gegenüber die Beschlagung des Pferdes übernommen. Daher war er verpflichtet, das Werk so auszuführen, daß dadurch keine Unfälle hervorgerufen würden; geschah letzteres doch, so hatte zunächst er dem Beklagten dafür aufzukommen; freilich konnte er sich exkulpieren; aber hierbei traf ihn die Behauptungs- und Beweislast. Das Berufungsgericht hat an diese Einrede aus dem Vertrage gar nicht gedacht, sondern nur die Einrede des eigenen Verschuldens aus Nr. 254 BGB. zugelassen, bei der die Beweislast umgekehrt lag. Es läßt sich nicht übersehen, wie weit durch diese falsche Verteilung der Beweislast die Entscheidung beeinflußt ist ... Endlich wäre zu erwägen gewesen, wie weit nach der Natur des Vertrages der Kläger etwa die mit der auszuführenden Verrichtung unzertrennlich verbundene Gefahr übernommen habe. (Urt. vom 29. Mai 1905).

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Lunglmayr in Zweibrücken.

II.

**§ 13 d. Gesetzes z. Schutze der Warenbezeichnungen. Gebrauch der Firma in abgekürzter Form.** Für Klägerin ist das Warenzeichen „Union" zum Zwecke der Bezeichnung von Briketts eingetragen. Die Beklagte bringt ihre Briketts auch mit der Aufschrift „Union", der rechts und links gekreuzte Hämmer beigefügt sind, in den Handel. Die Klägerin begehrt mit der Klage, daß der Beklagten untersagt werde, Briketts mit dem Wortzeichen „Union" zu versehen. Die Beklagte wendet ein, daß sich ihr Zeichen von dem der Klägerin genügend unterscheide und sie nach § 13 d. Ges. z. Schutze von Warenzeichen nicht gehindert werden könne, ihre Firma (die „Braunkohlen-Aktiengesellschaft Union in Kr." lautet), auch in abgekürzter Form auf ihren Waren anzubringen und das Stichwort Union herauszugreifen, zumal es in der Brikettfabrikation allgemein üblich sei, daß Gruben ihre Briketts nur mit dem Stichwort der Firma versehen. Die 2. Instanz wies im Gegensatze zur 1. die Klage ab. Die Revision hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen: Das Berufungsgericht nimmt an, daß der Beklagten nach § 13 d. Ges. z. Schutze von Warenbezeichnungen vom 12. Mai 1894 das Recht zustehe, auf ihren Briketts, sowie auf der Verpackung und Umhüllung das Wort „Union" anzubringen. Die Klägerin bestreitet zwar nicht, daß die Beklagte ihre Firma in abgekürzter Form anbringen dürfe, bestreitet aber, daß die Bezeichnung „Union" einen Gebrauch der Firma in abgekürzter Gestalt enthalte. Darüber, was nach § 13 a. a. O. unter „Firma in abgekürzter Gestalt" zu verstehen sei, bestehen zwei Ansichten. Nach der einen wird eine sprachlich richtige und daher für Jeden verständliche

Abkürzung erfordert, aus der man die wirkliche Firma erkennen und wiederherstellen kann; nach der andern fällt auch eine zum Teil willkürliche Abkürzung, wenn sie dem wesentlichen Inhalt der Firma als Schlagwort entnommen und als Abkürzung der Firma in deren Abnehmerkreisen bekannt ist, unter § 13. Das Urteil des Reichsgerichts vom 29. Dezember 1903 (Entsch. Bd. 56 S. 417) hat entschieden, daß für die Abkürzung von Firmen nicht die Grundsätze anzuwenden sind, die im rechtsgeschäftlichen Verkehr für den Gebrauch der Firmen als Regel gelten, sondern daß es nach dem Verkehrsbedürfnis und dem Zwecke des § 13 genügt, wenn aus dem wesentlichen Inhalt der Firma ein Schlagwort entnommen oder gebildet wird, das als Abkürzung der Firma in den Abnehmerkreisen bekannt ist. Dieser Auffassung tritt der erkennende Senat bei. (Urt. d. I. Z.-S. vom 3. Mai 1905.)

— — — n.

III.

**Verhältnis unter Mitbürgen. Maßgebendes Recht in der Uebergangszeit. Aufgebung einer Sicherheit durch einen Mitbürgen.** Aus den Gründen: Die das Mitbürgenverhältnis unter den Parteien begründenden Tatsachen sind vor dem Inkrafttreten des BGB. entstanden. Mit Recht nimmt daher das Berufungsgericht auf Grund des Art. 170 EG. z. BGB. die Anwendbarkeit des alten Rechts an. Diese wird nicht dadurch in Frage gestellt, daß die Zahlung der verbürgten Schuld durch den Beklagten an den Gläubiger nach dem 31. Dezember 1899 erfolgt ist. Insbesondere regelt sich die Frage, ob und wann der Beklagte Regreß auf anteiligen Ersatz des von ihm Gezahlten nehmen kann, trotzdem grundsätzlich nach altem Recht. Die durch den Mitbürgen geschehene Zahlung ist nicht geeignet, selbständig das nach altem Rechte begründete Schuldverhältnis nach Maßgabe des neuen Rechts anders zu gestalten, sie bringt es nur zur weiteren Entwicklung. — — — — — — — — — — — — — — — — — — — — — — — — — — — — — — — —

Das Berufungsgericht spricht den Satz aus: „ein Mitbürge dürfe eine ihm selbst vom Schuldner bestellte Sicherheit nicht einseitig aufgeben; er müsse bei Verlust des Regreßrechts sorgen, daß, wenn er dem Gläubiger zahle, und der andere Mitbürge ihm der gemeinschaftlichen Haftung entsprechend Ersatz leiste, er diesem auch alle Rechte gegen den Hauptschuldner zedieren könne.“ Dies ist nach altem und neuem Recht unzutreffend. Nach §§ 774, 776, 426 BGB. darf der Mitbürge an und für sich unbeschadet seines Regreßrechts ihm persönlich bestellte Vorzugs- und Sicherheitsrechte aufgeben. Ein Bürge wird nur insoweit frei, als der Gläubiger durch Aufgabe eines solchen Rechts den gesetzlichen Eintritt des Bürgen verhindert. Allerdings können diese Sätze nicht abstrakte Geltung beanspruchen. Wäre festzustellen, daß die Beteiligten gewollt haben, die Sicherungshypothek solle gleichmäßig zur Sicherung beider Parteien dienen, so wäre dieser Wille maßgebend. (Urt. d. IV. Z.-S. vom 17. Juni 1905.)

— — — n.

IV.

**Zu § 836 BGB.** Der Eigentümer ist wegen des fehlerhaften Zustands seiner Anlage nur bei Verschulden schadensersatzpflichtig.

Aus den Gründen: Der Berufungsrichter verneint zunächst bedenkenfrei, daß eine Unterhaltspflicht des Beklagten an der in Rede stehenden Schleuse aus Rechtsgeschäft, Verjährung oder Gesetz sich herleiten läßt. Er findet indessen eine Grundlage für den Klaganspruch in dem allgemeinen Rechtsgrundsatz, daß ein jeder für Beschädigung durch seine Sachen insoweit aufzukommen hat, als er sie in billiger Rücksichtnahme auf die Interessen anderer hätte verhüten müssen (vgl. Entsch. Bd. 52 S. 378/9). Er verneint jedoch ein Verschulden des Beklagten. Die Revision ist der Ansicht, daß es auf ein solches nicht ankomme, und hält das, wodurch der Beklagte nach Ansicht des Berufungsgerichts entlastet sein soll, für nicht ausreichend. Beide Rügen gehen fehl. Auch wenn man das Erfordernis des Verschuldens verneint, müßte doch der Beklagte mit dem Entlastungsbeweis zugelassen werden, daß er zur Verhütung des Schadens die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe (vgl. § 836 Abs. 1 BGB.). Die Frage ist also im wesentlichen eine solche der Beweislast und hier deswegen ohne praktische Bedeutung, weil der Berufungsrichter nicht Beweisfälligkeit einer Partei angenommen, sondern positiv festgestellt hat, daß Beklagter schuldlos sei. (Urt. des V. Z.-S. vom 28. Juni 1905.)

— — — — — r.

V.

**Zu §§ 119, 147 BGB., 286 ZPO.** 1. Wer mittelst Fernsprechers ein Verkaufsangebot mit „Ja“ beantwortet hat und dann Irrtum und Nichtzustandekommen des Vertrags behaupten will, muß auseinandersetzen und beweisen, wie er das Angebot verstanden und wie er sich geirrt hat. 2. Indizienbeweis ist nicht minderwertig.

Aus den Gründen: Der Berufungsrichter erachtet durch die Zeugen R. und H. für erwiesen, daß das telephonische Gespräch, wie von diesen bekundet, stattgefunden hat. Der Schluß der Feststellung lautet: Nun telephonierte R.: „also Herr S., wir verkaufen Ihnen hiermit den Eiskeller für 2000 Mk.; sind Sie einverstanden?“ Beklagter antwortete: „Ja.“ Der Berufungsrichter fährt fort: Demgegenüber berufe sich der Beklagte darauf, daß er anders gehört habe als von B. aus gesprochen. Er erwägt sodann die Möglichkeit, daß dies der Fall gewesen, mithin ein Mangel im Konsense beim Beklagten obgewaltet und deshalb kein Vertrag zustande gekommen sei. Um die hieraus sich ergebenden Bedenken zu beseitigen, hat das Berufungsgericht dem Beklagten den Eid auferlegt, „daß er nicht die von den Zeugen als telephoniert bekundeten Worte und auch nicht ähnliche vernommen habe.“ Mit Recht rügt die Revision Verkennung der Beweislast. Aus den Feststellungen ergibt sich, daß dem Beklagten mit Fernsprecher (§ 147 BGB.) ein Angebot gemacht und daß es von ihm sofort mit „Ja“ beantwortet, also angenommen wurde. Damit wäre der Vertrag zustande gekommen, wenn nicht Beklagter eine Erklärung dieses Inhalts (d. h. Annahme der Offerte) überhaupt nicht abgeben wollte und über den Inhalt der Offerte und also seiner Annahmeerklärung im Irrtum war (§ 119 BGB.). Den Beweis dieses Willensmangels hat zu führen, wer sich darauf beruft. Diese Beweisführung setzt aber hier voraus, daß der Beklagte zunächst angibt, wie er die gestellten Fragen verstanden hat, denn etwas muß er doch verstanden oder zu verstehen geglaubt haben, sonst hätte er die Fragen nicht mit „Ja“ beantworten können. Erst auf dieser Grundlage kann beurteilt werden, ob er das Mißverständnis so wahrscheinlich gemacht hat, daß ihm der Erfüllungseid zu gestatten sei. Die Negation, daß er die Worte oder ähnliche nicht gehört habe, genügt nicht, um einen Irrtum im Sinne des § 119 BGB. darzutun. Der Berufungsrichter scheint von dem an sich richtigen Satz auszugehen, daß der Kläger das Zustandekommen des die Klage begründenden Vertrags beweisen muß. Hier hat der Kläger dieser Pflicht genügt, indem er Offerte und Annahmeerklärung bewiesen hat. Wird letztere wegen Irrtums angefochten, so ist dies nicht Leugnung des Klagegrunds, sondern ein Einwand, den der Beklagte zu beweisen hat. Begründet ist auch der Angriff gegen die Bemerkung des Berufungsrichters, daß ein weiteres Beweisverfahren nur Indizien schaffen könne, welche die Bedenken bezüglich

des telephonischen Gesprächs nicht beseitigen könnten. Da der Berufungsrichter nicht zur Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Tatsachen gelangt, durfte er Behauptungen und Beweisanträge nicht deshalb unbeachtet lassen, weil dadurch nur Indizien beschafft werden könnten. Ein Indizienbeweis ist ebenso zulässig wie ein direkter Beweis. Es hätte daher die Erheblichkeit der einzelnen Behauptungen geprüft werden müssen. (Urt. d. V. Z.-S. v. 5. Juli 1905.) — — — r.

VI.

**Schadensersatzansprüche wegen Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten?** Aus den Gründen: Die Revision bittet, zu prüfen, ob, wie das Oberlandesgericht meint, die Verletzung der ehelichen Pflichten keinen Entschädigungsanspruch in Geld begründen könne, auch wenn sie tatsächlich Geldschaden für den anderen Gatten zur Folge gehabt habe. § 826 BGB. habe Verfehlungen gegen die guten Sitten unter die Strafe des Schadensersatzes gestellt. Hier handele es sich aber um die Verletzung sittlicher Rechtspflichten. Die Rüge ist in dieser Allgemeinheit unbegründet. Das Berufungsgericht geht von dem an sich richtigen Gedanken aus, daß eine Frau, die sich den im § 1353 Abs. 1 und § 1356 BGB. erteilten Vorschriften zuwider der Lebensgemeinschaft, der Leitung des Hauswesens und der Mitarbeit im Geschäfte des Mannes entzieht, dadurch allein nicht schadensersatzpflichtig wird. Sie verletzt Pflichten, die durch die Ehe begründet sind, aber dies ist nicht ausreichend, die Schadensersatzpflicht nach sich zu ziehen. Die Verpflichtung zum Zusammenleben und zur Beistandleistung sind wesentlich sittlicher Natur. Werden sie nicht erfüllt, so kann der Verletzte von den durch das Gesetz eingeräumten Rechtsbehelfen, z. B. der Klage auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft, gegebenenfalls der Scheidungsklage Gebrauch machen. Mit Recht nimmt daher das Berufungsgericht an, ein Schadensersatzanspruch könne nicht damit begründet werden, daß die Klägerin den Mann verlassen habe, und daß dieses Verhalten Nachteile für den Haushalt und das Geschäft im Gefolge hatte. Allerdings ist es nicht grundsätzlich ausgeschlossen, daß ehewidriges Verhalten schadensersatzpflichtig macht. Wenn auch die in Rede stehenden Pflichten einer wesentlich sittlichen Grundlage entspringen, so hindert dies doch nicht, die Verantwortlichkeit aus anderen Vorschriften, z. B. § 826 BGB., herzuleiten. Danach ist, wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem andern vorsätzlich Schaden zufügt, zum Ersatze verpflichtet. Es steht nichts im Wege, diese Vorschrift auch auf das Verhältnis der Eheleute anzuwenden; denn auch der Gatte darf jenes Schutzes nicht entbehren, der jedem anderen auf Grund des Gesetzes zu teil wird. Die Revision wäre begründet, wenn das Berufungsgericht dies außer acht gelassen hätte. Das ist aber nicht der Fall. (Wird weiter ausgeführt.) (Urt. d. IV. Z.-S. vom 5. Juni 1905.) — — — n.

---

## B. Strafsachen.

I.

**Zum Begriffe des groben Unfugs. (§ 360 Nr. 11 StGB.)** In einer Wirtsstube hatten sich an einem Tische zufällig der Angeklagte und andere Gäste zusammengesetzt. Außerdem war nur die Kellnerin anwesend. Der Angeklagte räumte dieser, die neben ihm auf einem Stuhle saß, die Röcke hinauf, indem er sie gleichzeitig mit dem Stuhle nach rückwärts neigte. Die anderen konnten es nicht alle sehen. Belästigt fühlte sich durch den Vorgang niemand; auch die Kellnerin ärgerte sich nicht darüber, sondern erst über eine von einem anderen Gast gemachte anzügliche Aeußerung. Der Angeklagte wurde wegen groben Unfugs verurteilt. Die Revision wurde verworfen.

Aus den Gründen: Daß der Erstrichter in der wenn auch geringen und für den gegebenen Zeitpunkt nach Individuen bestimmten Anzahl von Personen, die sich neben dem Angeklagten zufällig als Gäste in der allgemein zugänglichen Wirtsstube zusammengefunden hatten, eine Vertretung des Publikums erblickt, ist nicht zu beanstanden (E. d. RG. Bd. 34 S. 425). Die Feststellung des Mangels wechselseitiger Beziehungen, wodurch der Kreis der Gäste unter sich verbunden und geschlossen gewesen wäre, läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. In dem gemeinsamen Zwecke des Biergenusses und der Unterhaltung, in der Tatsache des Beisammensitzens an demselben Tische und in der Beteiligung an der allgemeinen Unterhaltung waren solche Beziehungen nicht ohne weiteres zu finden. Auch unterliegt es keinem Bedenken, wenn der Erstrichter für den Tatbestand des groben Unfugs es für genügend erachtet, daß die Handlung geeignet gewesen sei, das Publikum zu belästigen. Die Aufrechthaltung der öffentlichen Ordnung an Orten, die dem Publikum zugänglich sind, ist für dieses schlechthin von Interesse; als Voraussetzung für die Verübung groben Unfugs durch eine zur Belästigung geeignete, eine Störung der öffentlichen Ordnung bedingende Handlung an einem öffentlichen Orte ist nur weiterhin erforderlich, daß bei Begehung der Handlung das Publikum vertreten ist und der Täter nicht unbedingt darauf rechnen darf, daß seine Handlung eine belästigende Wirkung nicht haben werde. Wenn dann ein belästigender Erfolg nicht eintritt, sei es, daß die Handlung zufällig von den Anwesenden nicht wahrgenommen wird oder daß deren Eigenschaften eine belästigende Wirkung ausschließen, so ist dies für den Tatbestand des groben Unfugs belanglos. Es steht in solchem Falle nicht die abstrakte, sondern eine konkrete Möglichkeit einer Belästigung des Publikums in Frage. (Urt. d. I. StS. v. 15. Mai 1905.) B.

II.

**Müssen im Verfahren wegen Vergehens aus § 184 Ziff. 1 StGB. die unzüchtigen Schriften unbedingt vollständig verlesen werden?** Aus den Gründen: Im Protokoll ist gesagt: „Hierauf verlas der Vorsitzende einige Seiten aus jedem der bei den Angeklagten beschlagnahmten Bücher unter Bekanntgabe des Inhaltes“ und später heißt es: „Die beschlagnahmten Bücher wurden sämtlich zum Gegenstande der Beweisaufnahme gemacht. Auf weitere Beweisaufnahme wird allseitig verzichtet.“ Hieraus ergibt sich, daß nicht, wie die Revision meint, aus dem Zusammenhang gerissene Stücke der Bücher der Kenntnis der Richter unterbreitet, daß sie vielmehr durch das die verlesenen Teile verbindende Referat des Vorsitzenden mit den Erzeugnissen als Ganzen vertraut gemacht wurden. Ein solches Verfahren bei zahlreichen und umfangreichen Schriften, deren Eigenschaft als unzüchtige (§ 184 Nr. 1 StGB.) nachgewiesen werden soll, kann nicht als unzulässig bezeichnet werden und ist vom Reichsgericht mehrfach gebilligt worden. (Entsch. d. RG. in StS. Bd. 8 S. 128, Goltd. Arch. Bd. 46 S. 424.) Eine Verpflichtung des Richters, die Schriften unbedingt vollständig zu verlesen, kann aus § 248 StPO. nicht abgeleitet werden. Dieser hat nur die Erhebung des erforderlichen Beweises im Auge und bietet kein Hindernis, daß statt förmlicher Verlesung eines Schriftstücks, solange diese nicht von einem Beteiligten ausdrücklich gefordert wird, der Inhalt zur Kenntnis des Gerichts gebracht wird. (Entsch. a. a. O. Bd. 3 S. 141, 161, Bd. 26 S. 32, Bd. 35 S. 198.) Wie weit die Verlesung einzelner Stellen in Verbindung mit allgemeinen, den Zusammenhang erläuternden Bemerkungen des Vorsitzenden genügen kann, unterliegt zunächst dem ver-

ständigen Ermessen des Richters. Hier wäre es bei der Zahl und dem Umfang der Schriften nicht möglich gewesen, sie vollständig zu verlesen, ohne daß der Gang der Verhandlung unerträglich verschleppt worden wäre. Sache des Angeklagten oder des Verteidigers war es, falls sie weitere Mitteilungen für förderlich erachteten, entsprechende Anträge zu stellen. Dies ist jedoch nicht geschehen. Allerdings muß entsprechend den Grundsätzen der §§ 260, 263 StPO. verlangt werden, daß die Stellen, auf welche das Gericht in den Gründen verwiesen hat, in der Verhandlung kundgegeben worden sind. Daß dem nicht so gewesen wäre, dafür geben Urteilsgründe und Protokoll keinen Anhalt, auch die Revision behauptet es nicht. Wenn sie sagt, es stehe nicht fest, daß die im Urteil bezogenen Stellen Gegenstand der Beweisaufnahme waren, so macht sie anscheinend nur dem Protokoll den Vorwurf der Unvollständigkeit. Hierauf kann das Rechtsmittel nicht gestützt werden, da das Urteil nicht auf dem Protokoll beruht. Ueberdies aber schreibt § 273 StPO. nur allgemein vor, daß die verlesenen Schriftstücke im Protokoll „bezeichnet" werden müssen. (Urt. d. I. StS. v. 8. Juni 1905.) B.

## Oberstes Landesgericht.

### A. Zivilsachen.

**Ist in dem Falle, wenn der Erblasser seine gesetzlichen Erben der dritten Ordnung mit der Bestimmung zu Erben eingesetzt hat, der Nachlaß solle „an die Betreffenden gleichmäßig verteilt werden", die den Regeln der gesetzlichen Erbfolge entsprechende Verteilung nach Stämmen oder die Verteilung nach Köpfen als gewollt anzusehen?** Der am 22. April 1904 verstorbene Privatier H. M. in B. hat am 5. April 1902 vor dem Notar W. in B. in Gegenwart zweier Zeugen ein Testament in der Weise errichtet, daß er dem Notar ein Schriftstück verschlossen mit der Erklärung übergab, daß es seinen letzten Willen enthalte. Das Schriftstück trägt die Ueberschrift „Mein letzter Wille", die Unterschrift „H. M." und unmittelbar darüber das Datum „B., Ostern 1902"; auf die Unterschrift folgt ein vom 2. April 1902 datierter und gleichfalls „H. M." unterschriebener Nachtrag. In der letztwilligen Verfügung sind unter Ziff. 1 bis 8 jedesmal mit den Worten: „Es soll erben" verschiedene physische und juristische Personen mit bestimmten Wertpapieren, eine von ihnen auch mit den Einrichtungsgegenständen, der Wäsche und den Kleidern des Erblassers bedacht. In Ziff. 9 ist bestimmt: „Es sollen erben die ehelichen Nachkommen der verstorbenen Brüder meiner seligen Mutter, Gottlieb H. in E. und Christfried H. in O. Da mir deren Aufenthalt nur teilweise bekannt ist, wird gerichtlicher Aufruf und Vorladung erforderlich werden. Die nachstehenden Wertpapiere sind durch die Reichsbank zu verkaufen und deren Erlös nebst den Guthaben bei den Banken, sowie etwa vorhandenes bares Geld an die Betreffenden gleichmäßig zu verteilen." Darauf folgt ein Verzeichnis von Wertpapieren. Der Nachtrag enthält die Ernennung eines Testamentsvollstreckers. Gottlieb H. hat drei Kinder hinterlassen, Karoline F., Julie H. und Christine F. Die letztere ist mit Hinterlassung von fünf ehelichen Kindern K. F., J. F., J. G., J. B. und K. B. verstorben. Christfried H. hat vier Kinder gehabt, die inzwischen gleichfalls verstorben sind. Von diesen hat Johanna Karoline H. eine Tochter A. P., Johanna Eleonore G. einen Sohn K. G. und Karl Gottlieb H. drei Kinder E. H., Ch. H. und A. H. hinterlassen. A. H. ist verstorben, von ihm sind zwei Kinder R. H. und F. H. vorhanden. Von den genannten noch lebenden 13 Abkömmlingen der Brüder Gottlieb und Christfried H. haben mehrere lebende Kinder und Enkel. In einem dem Testamentsvollstrecker am 18. Januar 1905 erteilten Erbschein hat das Amtsgericht B. als Nachlaßgericht bezeugt, daß H. M. auf Grund des Testamentes von Ostern 1902 von den 13 genannten Nachkommen des Gottlieb und des Christfried H. zu gleichen Teilen beerbt worden sei, und daß die Zuwendungen an die in dem Testament unter Ziff. 1 bis 8 bezeichneten Personen Vermächtnisse seien. Auf Beschwerde mehrerer Beteiligten hat das Landgericht B. am 13. Februar 1905 die Einziehung dieses Erbscheines angeordnet, weil die Ernennung eines Testamentsvollstreckers nicht erwähnt war, in der Begründung seiner Entscheidung aber bemerkt, der Wortlaut der letztwilligen Verfügung — der Nachlaß sei an die „Betreffenden gleichmäßig" zu verteilen — bringe zu unzweifelhaftem Ausdrucke, daß die Verteilung unter die Erben nach gleichem Maße, „also nach Köpfen", nicht, wie die Beschwerdeführer beantragt hatten, nach Stämmen zu erfolgen habe. Die Miterbin Julie H. ließ nun durch Rechtsanwalt Dr. P. in B. die Erteilung eines das Erbrecht der 13 Seitenverwandten nach Kopfteilen bezeugenden gemeinschaftlichen Erbscheins beantragen. Dagegen erhob die Miterbin Karoline F. Widerspruch, indem sie geltend machte, der Nachlaß sei entweder nach Stämmen oder, falls dies aus irgend einem Grunde ausgeschlossen sein sollte, in der Weise zu teilen, daß alle vorhandenen Nachkommen der beiden Oheime des Erblassers, auch diejenigen, deren Vorfahren noch am Leben sind, gleiche Teile erhalten. Das Nachlaßgericht erteilte am 5. April 1905 der Miterbin Julie H. einen Erbschein des Inhalts, daß H. M. auf Grund des „an Ostern 1902" errichteten Testaments „ausschließlich und zu gleichen Teilen" von den genannten 13 Nachkommen der Brüder Gottlieb und Christfried H. beerbt worden sei. Karoline F. legte Beschwerde mit dem Antrag ein, die Ausstellung eines Erbscheines anzuordnen, in dem sämtliche vorhandenen ehelichen Nachkommen der mütterlichen Oheime des Erblassers als Erben bezeichnet werden, damit die Verteilung nach Köpfen, „sofern sie nicht durch die Verteilung nach Stämmen ersetzt werden könne", wenigstens in gerechter Weise vorgenommen werde. Das Landgericht B. hat mit Beschluß vom 2. Mai 1905 die Beschwerde zurückgewiesen. Es erkannte die Möglichkeit der Auslegung an, daß die sämtlichen zur Zeit des Erbfalls lebenden ehelichen Nachkommen des Gottlieb und des Christfried H. bedacht seien, glaubte aber mit Rücksicht auf die im Leben herrschende Auffassung, der das BGB. in den §§ 2066 bis 2069 gefolgt sei, die Anordnung des Erblassers, der die ihm größtenteils unbekannten Abkömmlinge seiner Oheime nur um des Verwandtschaftsverhältnisses willen bedacht habe, dahin verstehen zu müssen, daß ebenso wie im Falle der gesetzlichen Erbfolge nur diejenigen bedacht seien, die mit dem Erblasser nicht durch einen noch lebenden Vorfahren verwandt sind. Für den Fall, daß die Beschwerde die Anerkennung der Berufung nach Stämmen bezwecke, verwies das Beschwerdegericht auf seinen Beschluß vom 13. Februar 1905. Rechtsanwalt Sp. in B. hat für Karoline F. weitere Beschwerde mit dem Antrag eingelegt, den Beschluß aufzuheben und den Erbschein vom 5. April 1905 als unrichtig einzuziehen. Er macht geltend: Das Testament sei nicht, wie im Erbscheine angegeben ist, an Ostern 1902 errichtet, als Erben seien nicht nur die im Erbschein genannten 13 Personen eingesetzt, sondern auch die in den Ziff. 1 bis 8 des Testaments bezeichneten Personen, denn der Erlasser habe auch sie ausdrücklich als Erben bezeichnet. Die in Ziff. 9 bedachten Verwandten des Erblassers seien aber nicht nach Köpfen, sondern in Uebereinstimmung mit den Regeln der gesetzlichen Erbfolge als Erben eingesetzt. Das Oberste Landesgericht hob die Entscheidung des Landgerichtes B. vom 2. Mai 1905 auf und wies das Amtsgericht B. an, den am 5. April 1905 dem Rechtsanwalte Dr. P. in B. als Bevollmächtigtem der Miterbin Julie H. erteilten

gemeinschaftlichen Erbschein einzuziehen und einen neuen Erbschein des Inhaltes zu erteilen, daß die eingesetzten Verwandten des Erblassers nach Stämmen zur Erbschaft berufen sind. Gründe: Die Verwechslung der Zeitangabe, die der Erblasser in das bei der Testamentserrichtung dem Notar übergebene Schriftstück aufgenommen hat, mit der Zeit der Testamentserrichtung, deren Angabe in dem Erbschein übrigens nicht vorgeschrieben ist, ist eine offenbare Unrichtigkeit, deren Berichtigung nicht die Einziehung des Erbscheins erfordert, sondern durch einen den Ausfertigungen des Erbscheins beizufügenden Berichtigungsbeschluß (vgl. Neue Samml. v. Entsch. d. OLG. Bd. 4 Nr. 74 S. 340) geschehen kann. Die Erteilung eines Erbscheins, in dem auch die in den Ziff. 1 bis 8 des Testaments bedachten Personen als Erben bezeichnet werden, ist von der Beschwerdeführerin weder bei dem Nachlaßgerichte noch bei dem Beschwerdegerichte beantragt, die Entscheidung des Nachlaßgerichts, daß diese Personen nicht Erben, sondern Vermächtnisnehmer seien, ist bisher von keiner Seite beanstandet worden. Das Beschwerdegericht war durch die Beschwerde, die nur die Bestimmung der erbberechtigten Verwandten und der ihnen zustehenden Erbteile betraf, nicht veranlaßt, sich mit der Frage nach einem Erbrechte der übrigen Bedachten zu befassen, hat also dadurch, daß es dies unterlassen hat, das Gesetz nicht verletzt. Glaubt die Beschwerdeführerin dadurch beeinträchtigt zu sein, daß bei der Bestimmung der Erbteile der Verwandten nicht auch die übrigen Bedachten als Miterben angesehen sind, so mag sie die Einziehung des Erbscheins aus diesem Grunde bei dem Nachlaßgericht anregen oder mittelst einer neuen Beschwerde herbeizuführen versuchen. Dagegen ist der weiteren Beschwerde insoweit der Erfolg nicht zu versagen, als sie sich gegen die Bestimmung der Erbteile der in dem Erbschein angeführten 13 Verwandten des Erblassers nach Köpfen richtet. Der Erblasser hat die Abkömmlinge seiner mütterlichen Oheime, seine gesetzlichen Erben der dritten Ordnung, die er, wie sich aus dem Testamente ergibt, größtenteils nicht kannte, von denen er nicht wußte, wie viele es waren und wie sie sich auf die verschiedenen Grade verteilten, nur mit Rücksicht auf das Verwandtschaftsverhältnis als Erben eingesetzt, er wollte in ihnen seine nächsten Verwandten und gesetzlichen Erben bedenken. Hätte er nicht die Bestimmung beigefügt, daß das ihnen Zugewendete an die „Betreffenden gleichmäßig" zu verteilen sei, so würde die Anwendung der in den §§ 2066, 2067 BGB. aufgestellten Auslegungsregeln, nach welchen diejenigen, welche die gesetzlichen Erben sein würden, als nach dem Verhältnis ihrer gesetzlichen Erbteile bedacht anzusehen sind, keinem Bedenken unterliegen. Die Vorinstanzen haben in Uebereinstimmung mit diesen Vorschriften die Anordnung des Erblassers dahin ausgelegt, daß nur diejenigen Abkömmlinge seiner Oheime eingesetzt seien, welche nach § 1926 in Verbindung mit § 1924 Abs. 2 BGB. im Falle der gesetzlichen Erbfolge Erben sein würden, in der Bestimmung über gleichmäßige Verteilung aber die Anordnung gefunden, daß die Erbteile der „Betreffenden" sich nicht, wie bei der gesetzlichen Erbfolge nach § 1926 in Verbindung mit § 1924 Abs. 3, nach Stämmen sondern nach Köpfen bestimmen sollen. Damit haben sie dieser Bestimmung eine ihr nicht zukommende Bedeutung beigelegt. Der Gedanke gleichmäßiger Verteilung liegt auch den Vorschriften über die gesetzliche Erbfolge zu Grunde, er ist von ihnen mit Rücksicht auf das Wesen des Verwandtschaftsverhältnisses dahin ausgestaltet, daß den einzelnen Stämmen gleiche Erbteile zugewiesen sind. Hätte der Erblasser an den Unterschied zwischen der Erbfolge nach Stämmen und der Erbfolge nach Köpfen gedacht, so würde er, wenn er abweichend von den Regeln der gesetzlichen Erbfolge Verteilung nach Köpfen anordnen wollte, seinem Willen vermutlich einen unzweideutigen Ausdruck gegeben haben. Ein Grund, der ihn zu einer so auffallenden und zu offenbar unangemessenen Ergebnissen führenden Abweichung von den Regeln der gesetzlichen Erbfolge bestimmen konnte, ist nicht zu finden. Die Fassung der Anordnung läßt nicht entnehmen, daß er an eine andere als die gesetzliche Verteilung, die ja auch die „Betreffenden" gleichmäßig berücksichtigt, gedacht, daß er etwas anderes hat sagen wollen, als daß er in die gleichmäßige Verteilung, die er als selbstverständlich ansah, nicht eingreifen, daß er nicht die einen „Betreffenden" gegenüber den anderen begünstigen, sondern jedem der „Betreffenden", der gesetzlichen Erben, das zukommen lassen wolle, was ihm als „Betreffenden", als gesetzlichem Erben, nach der für die gesetzlichen Erben geltenden gleichmäßigen Verteilung zukommt. (Beschl. I C.-S. Reg. III 32/1905 vom 8. Juni 1905).

Mitgeteilt von E. Yblagger, Rat am Obersten Landesgerichte.

## B. Strafsachen.

**Zustellung an den Verteidiger nach Erlöschen der Vollmacht.** Gegen ein vom Landgerichte als I. Instanz erlassenes, in Anwesenheit des Angeklagten verkündetes Urteil legte dieser zu Protokoll des Gerichtsschreibers am 25. April 1905 rechtzeitig Revision unter Vorbehalt der Begründung ein. Am 3. Mai 1905 wurde das Urteil dem laut aktenmäßiger Vollmacht zum Verteidiger in allen Instanzen bestellten und zum Empfange von Zustellungen ermächtigten Rechtsanwalt N. zugestellt. Innerhalb der Frist des § 385[1] StPO. hat der Angeklagte Revisionsanträge nicht angebracht. Vom Staatsanwalt wurde deshalb am 11. Mai 1905 beantragt, die Revision als unzulässig zu verwerfen. Am 16. Mai 1905 kam eine Erklärung des Rechtsanwalts N. ein, in welcher er unter Vorlegung des ihm zugestellten Urteils anzeigte, daß seine Vollmacht vor der Urteilszustellung an ihn erloschen gewesen sei. Am 17. Mai 1905 ordnete das Landgericht, ohne den staatsanwaltschaftlichen Antrag zu verbescheiden, die Zustellung des Urteils an den Angeklagten an, weil Rechtsanwalt N. laut seiner Erklärung wegen des vor Zustellung des Urteils eingetretenen Erlöschens der Vollmacht nicht mehr Zustellungsbevollmächtigter sei. Die hiegegen gerichtete staatsanwaltschaftliche Beschwerde hat das Oberste Landesgericht am 25. Mai 1905 mit folgenden Ausführungen für begründet erklärt: „Die nach § 383[2] StPO. erforderliche Zustellung des in Anwesenheit des Angeklagten verkündeten Urteils hat in der Regel an den Verurteilten selbst zu erfolgen, sie kann — mit der Wirkung der Eröffnung des Laufes der in § 385[1] StPO. festgesetzten Frist — auch an den mit Vollmacht zum Empfang von Zustellungen versehenen Verteidiger betätigt werden (vgl. Samml. der Entsch. d. OLG. München Bd. 2 S. 275, Bd. 10 S. 68/69; Entsch. d. RG. Bd. 6 S. 93). Hier ist der Strafkammer die Ermächtigung des Verteidigers zur Empfangnahme von Zustellungen durch Vorlegung der Vollmacht nachgewiesen. Das Urteil konnte daher der Vorsitzende dem Verteidiger wirksam zustellen lassen. Die Zustellung eröffnete den Lauf der Frist des § 385[1] StPO. Die Vollmacht zur Empfangnahme von Zustellungen blieb dem Gerichte gegenüber solange wirksam, als nicht durch eine diesem abgegebene ausdrückliche Erklärung des Angeklagten oder seines Vollmachtträgers oder durch eine die Absicht der Zurücknahme unzweideutig bekundende Handlung die Zurücknahme der Vollmacht dem Gerichte zur Kenntnis gebracht wurde. Eine solche Handlung ist die Einlegung der Revision durch den Angeklagten selbst oder dessen Erklärung, sich die Revisionsbegründung vorzubehalten, nicht. (Entsch. d. RG. Bd. 25 S. 153.) Die Anzeige des vor der Urteilszustellung eingetretenen Erlöschens der Vollmacht durch Rechtsanwalt N. kann nur für die

Zukunft, nicht aber rückwärts Wirkung üben. Es behält daher die Zustellung an Rechtsanwalt N. die Wirkung der Eröffnung der Frist des § 385[1] StPO. Eine neuerliche Zustellung an den Verurteilten selbst kann nicht bewirken, daß die Frist von neuem eröffnet werde. Die Anordnung der Strafkammer vom 17. Mai 1905 kann hienach nur als rechtlich zwecklos angesehen werden."

Mitgeteilt von Staatsanwalt Gahn in Hof.

## Oberlandesgericht Zweibrücken.

**Zu § 87 RAGebO. und § 45 GKG.** Das Landgericht, das unter die vom Beklagten dem Kläger zu erstattenden Kosten auch — § 87 RAGebO. — eine Gebühr des Anwalts für Erhebung und Hinterlegung einer nach § 710 ZPO. zu leistenden Sicherheit aufgenommen hatte, hat der Beschwerde des Beklagten gegen den Festsetzungsbeschluß durch Streichung dieser Gebühr abgeholfen und dem Kläger die Kosten des Verfahrens auferlegt, dabei aber den Ansatz von Gebühren ausgeschlossen. Auf Beschwerde des Klägers — sie beanstandet die Absetzung der Inkassogebühr und die Auflegung der Kosten des Abhilfeverfahrens, die (Staats- und Schreibgebühr) entgegen der gerichtlichen Anordnung anscheinend nach § 45 GKG. vom Kläger erhoben worden waren — hat das Oberlandesgericht den Abhilfebeschluß insoweit aufgehoben, als er dem Kläger Kosten auferlegt, und im übrigen die Beschwerde zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Mag man mit dem Reichsgerichte annehmen, daß der § 87 RAGebO. nur die Fälle trifft, in denen der Anwalt Gelder oder Wertpapiere, die seinem Auftraggeber geschuldet werden, für diesen einhebt und abliefert oder mag man unter den § 87 auch die Fälle einreihen, in denen der RA. Gelder oder Wertpapiere von seinem Auftraggeber einhebt und sie an einen Dritten abliefert: die Erwirkung einer Gebühr aus § 87 setzt immer voraus, daß die Tätigkeit des RA. nicht zum Prozeßbetriebe gehört, daß sie außerhalb der Prozeßvollmacht liegt. Die Hinterlegung einer die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils bezielenden Sicherheit gehört zu dem — nach §§ 13 Nr. 1, 23 Nr. 2 RAGebO. durch die Bauschgebühr abgegoltenen — eigentlichen Prozeßbetriebe. Das Landgericht hat mit Recht der Beschwerde abgeholfen (Entsch. d. RG. Bd. 9 S. 331, Bd. 11 S. 364; JW. 1891 S. 485, 1892 S. 372; Eichhorn in JW. 1887 S. 375). Insofern aber der Abhilfebeschluß dem Kläger als dem Gegner der gegen den Festsetzungsbeschluß gerichteten Beschwerde des Beklagten die Kosten des Verfahrens nach § 571 auflegt, ist der Kläger beschwert und unterliegt der Abhilfebeschluß der Aufhebung. Der Fall von § 45 GKG. ist hier nicht gegeben; wird einer für begründet erachteten Beschwerde schon von dem Gerichte oder Vorsitzenden abgeholfen, dessen Entscheidung angefochten ist, so ist eine Gebühr für dieses Verfahren überhaupt nicht geschuldet. (Rittmann S. 238 Anm. 6 zu § 45, Pfafferoth S. 214 Anm. 3 zu § 45.) (Beschl. vom 8. Juli 1905.)

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Lunglmayr in Zweibrücken

## Oberlandesgericht Bamberg.

**Mitverschulden des Beschädigten bei einem Unfall infolge Betretens dunkler Straßenräume. Pflicht der Gemeinden in Bayern zur Straßenbeleuchtung.** (§§ 254, 823 BGB., Art. 38, 95, 142 der bayer. Gem.-O.) Am 13. November 1900 nachts stürzte St. in B., als er ein Hotel verließ, in eine Vertiefung (Einfahrtswinkel) im Trottoir und brach einen Fuß. Für den Schaden machte er die Stadt verantwortlich. Die Verhandlung wurde auf den Grund des Anspruchs beschränkt. Das LG. erklärte diesen für begründet; das OLG. verurteilte die Stadt wegen Mitverschuldens des St. zur Tragung des halben Schadens; das Reichsgericht bestätigte diese Entscheidung. Strittig war, ob den Kläger nicht Mitverschulden treffe. Aus den Gründen des Berufungsurteils: „Auf Schadensersatzansprüche aus unerlaubten Handlungen finden Bestimmungen der §§ 249 ff., auch § 254 BGB. Anwendung. Nach § 254 Abs. 1 hängt, wenn bei Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt hat, die Verpflichtung zum Ersatze von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder anderen Teile verursacht worden ist. Nicht die Schwere des Verschuldens, sondern das Kausalverhältnis ist maßgebend. Liegt die Ursache vorwiegend auf Seite des Beschädigten oder des Beschädigers, kann der Richter den Ersatzanspruch ganz verneinen, bejahen oder herabsetzen. Ist eine Gradverschiedenheit der beiderseitigen Verursachung nicht vorhanden, kann der Ersatzanspruch zur Hälfte zuerkannt werden. Die Gemeinde behauptet mit Grund, daß der Kläger den Unfall fahrlässig mitverschuldet habe. Er hat selbst die erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen, indem er einen dunklen Raum, dessen Verhältnisse ihm unbekannt waren, und in welchem er nichts zu tun hatte, ohne Vorsichtsmaßregeln betrat. (OLG. in Bayern, Slg. v. E. in Zivils., Bd. 2 S. 96—100; Seuff. Arch. Bd. 55 Nr. 202.) Eine Pflicht der Gemeinden zur allgemeinen Straßenbeleuchtung besteht in Bayern nicht; sie ist in Art. 38 GemO. nicht erwähnt, vielmehr wissentlich mit Stillschweigen übergangen worden. Sie ist auch in der Wegbaupflicht nicht enthalten, aber im Hinblick auf Art. 95 bezw. 142 a. a. O. haben die Gemeinden die Verpflichtung, eine nächtliche Beleuchtung einzelner Stellen einzurichten, soweit dies die Forderung der öffentlichen Sicherheit ist. (Kahr, Gem.-O. S. 334 Ziff. 19; S. 376 Nr. 94). In den meisten Landgemeinden gibt es auch keine allgemeine Straßenbeleuchtung. In den Städten brennen bis Mitternacht alle Laternen, von da ab jedoch tritt, weil der Verkehr nachläßt, eine Verminderung der Beleuchtung ein, indem nur Richtungslaternen brennen, welche das gerade noch zur Ermöglichung des Verkehrs erforderliche Licht verbreiten. So wird auch in B. verfahren. Bis um 1/2 12 Uhr hatte am 13. November 1900 die Gemeinde den Winkel durch eine am Tor eines Hauses angebrachte Laterne erleuchtet, so daß ein Unfall ausgeschlossen war; sie durfte annehmen, daß die Passanten in späterer Nachtzeit, veranlaßt durch die eingeschränkte Beleuchtung, nur den beleuchteten Teil der Straße benützen und nicht die dunklen Stellen aufsuchen werden. Bis zum 13. November 1900 ist an dem Winkel noch nie ein Unfall vorgekommen. Das Abweichen des St. vom beleuchteten Wege war unvorsichtig. Der Erstrichter nimmt an, daß der Kläger das Recht gehabt habe, in die dunkle Ecke zu gehen; er habe nicht ahnen können, daß sich dort ein Abgrund auftue, sondern sei zu der Annahme berechtigt gewesen, daß, wenn das Weitergehen gefährlich, auch ein Warnungszeichen angebracht sei. Diese Auffassung ist aber unrichtig. Von der Verpflichtung zur Beobachtung der erforderlichen Sorgfalt gibt es keine Befreiung. Auch den Passanten auf einem städtischen Trottoir liegt diese ob; sie sind nicht berechtigt, sich sorglos überall hin zu begeben. Kläger gibt zu, daß er, wenn er sich nachts in einem Dorf bewegt hätte, zu besonderer Sorgfalt veranlaßt gewesen wäre. Das gleiche trifft auch für dunkle Stellen in städtischen Straßen zu. Der Kläger hat unbestritten alle Vorsichtsmaßregeln außer acht gelassen. Er hat sich kein Licht verschafft, obwohl das Anzünden einiger Streichhölzer hingereicht hätte. Er ist, obwohl er infolge des Tretens aus dem Hellen ins Dunkle nichts mehr sah, im Finstern fortgegangen, statt stehen zu bleiben, bis sich sein Auge an die Dunkelheit gewöhnt hatte. Er hat nicht mit Stock oder Fuß sondiert, ob

er auf festen Grund trete.[1]) Die Ursache des Unfalls liegt also auf beiden Seiten. Hätte die Gemeinde den Einfahrtswinkel gefahrlos hergestellt, verwahrt oder die ganze Nacht beleuchtet, so wäre der Unfall vermieden worden. Das wäre auch geschehen, wenn St. auf dem beleuchteten Straßenteile gegangen wäre oder doch Vorsichtsmaßregeln angewendet hätte. Die beiderseitigen Verfehlungen waren kausal und es ist eine Gradverschiedenheit nicht vorhanden. (Urt. v. 2. Juli 1904 [I. Z.-S.], bestätigt durch Urteil des Reichsgerichts vom 22. Juni 1905 [VI. Z.-S.].)

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Schäfer in Bamberg.

## Oberlandesgericht Augsburg.

**Arglistige Täuschung bei offensichtlichen Mängeln einer Ware?** A. hat an B. einen Waggon Spreu verkauft, der jedoch nicht an B., sondern an C. versendet wurde, welcher ihn von B. um einen höheren Preis käuflich erwarb, jedoch dem B. alsbald zur Verfügung stellte, weil die Ware verschimmelt, naß und übelriechend befunden worden sei. B. hat dann gegen C. beim Amtsgerichte H. auf Bezahlung des Kaufpreises Klage erhoben, und dem A. den Streit verkündet. Allein C. erhob Widerklage, infolgedessen das Amtsgericht H. mit Urteil vom 17. März 1902 jenen Mangel feststellte und den B. verurteilte, die Spreu zurückzunehmen und dem C. sein volles Interesse zu ersetzen. Nun erhob B. gegen A. zum Landgerichte A. Klage auf Erstattung der an C. gezahlten Summe, und stützte diese primär auf § 459 BGB. eventuell auf das von ihm behauptete arglistige Verhalten des A., worauf das Landgericht durch bedingtes Endurteil den A. für den Fall, daß er nicht beschwöre, bei Absendung der Spreu keine Kenntnis davon gehabt zu haben, daß die Spreu bei Einladung in den Waggon durch einen Gewitterregen benäßt wurde, antragsgemäß verurteilte, wobei es sich auf die Entscheidung des Reichsgerichts in SeuffA. Bd. 58 S. 314 stützte. Die Berufung hatte den Erfolg, daß das Oberlandesgericht Augsburg (II. Z.-S.) am 10. Juni 1905 die Klage abwies.

Aus den Gründen: Da die ursprünglich nur auf § 459 BGB. gestützte Klage verjährt ist, weil sie erst am 15. September 1903 erhoben wurde, wogegen das amtsgerichtliche Urteil vom 17. März 1902 bereits am 24. Mai 1902 rechtskräftig geworden ist, so handelt es sich jetzt nur noch um den Klagegrund der Arglist. Vorliegenden Falls ist aber die Sache so gelagert, daß die Mängel, wegen deren die Ware dem B. von C. zur Verfügung gestellt wurde, vom Beklagten A. nicht vertuscht wurden, sondern solche offensichtliche Mängel waren, welche nicht bloß jeder Sachverständige, sondern auch der Laie sofort erkennen mußte (vgl. Staub, Komm. z. HGB. Aufl. 6/7 S. 1373 Anm. 125 und Bolze Bd. 11 S. 198 Ziff. 397). Es konnte daher auch A., wenn er wirklich bei Erfüllung des mit dem Kläger abgeschlossenen Lieferungsgeschäftes gewußt hätte, daß die Ware während des Einladens beregnet wurde, ohne Verstoß gegen Treu und Glauben abwarten, wie sich Kläger zu dem offensichtlichen Mangel verhalten werde. Auch kann Kläger den Vorwurf der Arglist nicht damit begründen, daß im Falle seiner sofortigen Benachrichtigung (von der Beregnung der Spreu) durch A. der Prozeß mit C. vermieden worden wäre. Denn dieser Umstand berührt lediglich die Frage, ob und in welchem Umfange der Beklagte A. nach § 459 BGB. haftbar war, läßt aber nicht ohne weiteres den Schluß zu, daß A. durch eine bewußt vertragswidrige Lieferung einen rechtswidrigen Erfolg herbeiführen wollte. Anders wäre die Sache gelagert, wenn Anhaltspunkte dafür vorlägen, daß A. die Beregnung der Spreu in der Erwartung verschwieg, daß Empfänger den Fehler nicht bemerken werde, oder gar ihn verleitete, von einer rechtzeitigen Untersuchung der Ware abzusehen. In diesen Fällen läge allerdings ein Verhalten vor, das auf Täuschung berechnet war (vgl. Staub a. a. O. Anm. 124 und Bolze a. a. O.). Da aber vorliegenden Falls dem A. eine solche Täuschungsabsicht nicht nachgewiesen werden kann, und ein positives den B. schädigendes Handeln des A. überhaupt nicht geltend gemacht worden ist, B. aber die in § 477 BGB. vorgesehene sechsmonatliche Klagefrist unbenutzt verstreichen ließ, erübrigte nur die Abweisung der Klage.

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Donle in Augsburg.

## Landgericht München I.

### A. Zivilsachen.

**Einfluß der Zurücknahme der Klage auf ein rechtskräftiges bedingtes Endurteil (§§ 271, 462 ZPO.).** Die Ehefrau P. klagte gegen ihren Mann im Januar 1904 auf Scheidung wegen Ehebruchs. Der Beklagte bestritt die Klagsbehauptung und erwirkte am 19. Oktober 1904 gegen die damals ausgebliebene Klägerin Versäumnisurteil auf Abweisung. Die Klägerin legte Einspruch ein. Bei der weiteren Verhandlung erhob der Beklagte Scheidungswiderklage wegen Ehebruchs. Das Gericht erachtete den Einspruch für zulässig, den Klagsehebruch für erwiesen, zur Entscheidung über die Widerklage aber die Auflegung des richterlichen Eides der Frau für erforderlich. Unter Berücksichtigung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung über die Unzulässigkeit eines Teilurteils (E. 58, 307 ff., vgl. auch Nr. 3 dieser Zeitschr. S. 81, Nr. 14 S. 323) erging am 18. Januar 1905 bedingtes Endurteil dahin, daß die Klägerin den Eid über die Unwahrheit des Widerklagsehebruchs zu leisten habe. Für den Fall der Eidesweigerung werde das Versäumnisurteil aufgehoben, die Ehe aus beiderseitigem Verschulden wegen Ehebruchs geschieden und die Kosten mit Ausnahme derjenigen der Säumnis gegeneinander aufgehoben werden. Nach Eidesleistung werde unter Aufhebung des Verf.-Urteils die Ehe aus alleinigem Verschulden des Mannes wegen Ehebruchs geschieden und die Kosten abgesehen von denjenigen der Säumnis dem Beklagten überbürdet werden. Hiegegen legte der Beklagte Berufung ein; die Klägerin schloß sich an. Schließlich erklärte jedoch der Beklagte, daß er Berufung und Widerklage zurücknehme; die Klägerin willigte ein und zog die Anschließung zurück. Das Berufungsgericht gab die Akten an die 1. Instanz zurück, worauf die Klägerin den Beklagten „zur Eidesleistung" lud, weil das bedingte Endurteil die Rechtskraft beschritten habe. Im Eidestermine machte der Vorsitzende darauf aufmerksam, daß der die Widerklage betreffende Eid nicht mehr abgenommen werden könne, da die Widerklage ja zurückgenommen sei. Darauf beantragte die Klägerin die Ehe nur aus Verschulden des Beklagten zu scheiden und ihm alle Kosten, mit Ausnahme der klägerischen Säumnis zu überbürden; zur Begründung bezog sie sich auf das frühere Urteil und das Beweisergebnis. Der Beklagte beantragte Entscheidung nach Sachlage. Schließlich einigten sich die Parteivertreter vergleichsweise noch dahin, daß die Kosten der Berufungsinstanz gegeneinander aufgehoben sein sollten. Das Gericht erließ sodann Urteil, wodurch unter Aufhebung des früheren Versäumnisurteils die Ehe aus alleinigem

[1]) Das Reichsgericht bemerkte hiezu: „Kann der auf dem Trottoir einer Stadt von der Größe B.'s Gehende wohl nicht erwarten, daß das Trottoir plötzlich in eine Vertiefung abfalle, so muß sich doch jedem Vorsichtigen der Gedanke aufdrängen, daß er im Dunkeln auf ein Hindernis stoßen könne und deshalb nur mit Vorsicht sich gegen eine dunkle Stelle bewegen dürfe. Zudem lag es für den Kläger nahe, auf dem beleuchteten Teil des Trottoirs zu bleiben, zumal da er auf dem nicht beleuchteten Teile, auch wenn die Vertiefung nicht vorhanden gewesen wäre, seinen Weg wegen des vorspringenden Nachbarhauses nicht hätte fortsetzen können. Daß er auch nicht einmal die Vorsicht gebraucht hat, beim Vorwärtsgehen mit Stock oder Fuß zu untersuchen, ob er ungefährdet fortgehen könne, ist festgestellt. Das Berufungsgericht hat daher mit Recht auch ein Verschulden des Klägers angenommen." Anm. d. Einsenders.

Verschulden des Beklagten geschieden und letzterer zur Kostentragung mit Ausnahme der Säumnis verurteilt wurde.

Aus den Gründen: Da der Beklagte nicht nur die Berufung, sondern auch die Widerklage mit Zustimmung des Gegners zurückgenommen hat, ist nach § 271 Abs. 3 ZPO. das Urteil vom 18. Januar 1905 kraft Gesetzes als nicht erlassen anzusehen, soweit es die Widerklage betrifft. Dies ist die notwendige Folge aus der Vorschrift, daß der Rechtsstreit solchenfalls als nicht anhängig geworden anzusehen ist und auf Antrag über die Kosten zu Lasten des Klägers (hier des Widerklägers) erkannt werden muß (vgl. Gaupp-Stein ZPO. zu § 271 Note III 1). Auf diese Folgerung ist es einflußlos, ob man vermöge des vorangegangenen Berufungsverzichts Rechtskraft des bedingten Endurteils annimmt oder diese Rechtskraft zufolge gleichzeitigen Wegfalls eines wesentlichen Urteilsstücks als ausgeschlossen ansieht. Denn auch nach Rechtskraft eines bedingten Endurteils kann der Kläger noch bis zur rechtskräftigen Läuterung die Klage zurückziehen, ebenso wie er auf den Anspruch verzichten oder sich darüber vergleichen kann. In allen diesen Fällen treffen die Alternativen des bedingten Endurteils nicht mehr zu und ist daher — abgesehen vom Vergleich — ohne Rücksicht auf dieses, ebenso wie im Falle des Anerkenntnisses des Beklagten (zum Unterschied von der Eideserlassung) anderweitig zu erkennen. Die Entscheidung über die Klage wird hierdurch an und für sich nicht berührt. Würde es sich um eine Forderungsklage handeln, so wäre der Klagsanspruch ohnehin sofort unbedingt zuerkannt worden und dieser Anspruch würde nach beiderseitiger Rechtsmittelzurücknahme ohne Rücksicht auf das weitere Schicksal der Widerklage sofort rechtskräftig geworden sein. Zufolge des Gebots der Einheitlichkeit des Eheurteils aber (s. oben) mußte hier auch die Entscheidung über die Klage formell bedingt abgegeben werden, obwohl wenigstens hinsichtlich des Scheidungsausspruchs die Leistung oder Verweigerung des Eides gleichgültig ist und nur für den Schuld- und Kostenpunkt Einfluß hat. Eine gesonderte Rechtskraft des Scheidungsausspruchs kann hiernach nicht eintreten, jedenfalls nicht in dem Sinne, daß nach Wegfall des auf die Widerklage bezüglichen Formelteils der bedingte Scheidungsausspruch nunmehr einfach als unbedingt behandelt und der Prozeß damit als erledigt angesehen werden könnte. Nur soviel ist richtig, daß der Urteilsausspruch hinsichtlich der Klage gemäß § 318 ZPO. das Gericht gleich einem Zwischenurteil nach § 303 ZPO. bindet; darin liegt zugleich der Unterschied von dem Verfahren nach § 471 ZPO. Demgemäß war dem Klagsantrage unter Aufhebung des Versäumnisurteils stattzugeben (§ 343 ZPO.). Einer Aufhebung des auf die Widerklage bezüglichen Teils des bedingten Endurteils bedarf es nicht, weil er schon kraft Gesetzes weggefallen ist und von ihm, seiner bedingten und nicht vollzugsfähigen Form halber ohnehin kein Gebrauch gemacht werden kann. Daß die jetzt erlassene Entscheidung in gleicher Weise schon durch Anträge der Klägerin in der Berufungsinstanz hätte herbeigeführt werden können, ist gleichgültig, weil hier die Rechtshängigkeit in der Unterinstanz fortbestand (RGE. 55, 18; Samml. 14, 289). Der Kostenausspruch beruht hinsichtlich der Klage auf § 91 ZPO., hinsichtlich der Widerklage auf § 271 ZPO. Die nach § 515 Abs. 3 ZPO. hinsichtlich der Rechtsmittelkosten bis jetzt noch bestandene Anhängigkeit in der Berufungsinstanz ist durch den Kostenvergleich erloschen, der durch den nur auf die 1. Instanz bezüglichen Kostenausspruch nicht berührt wird. (Urt. vom 5. Juli 1905, E. 396/04.)

N.

## B. Strafsachen.

**Unterbrechung der Verjährung der Strafverfolgung im Verfahren bei Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben und Gefälle.** (§ 459 Abs. III StPO., Art. 89 Abs. III des bayer. AG. z. StPO.) Der Angeklagte hat im Laufe des vorigen Jahres einen Hund in den Gemeindebezirk N. verbracht und dort behalten, ohne ihn gemäß Art. 3 Abs. 4 und 1 des Ges. über die Erhebung einer Gebühr für das Halten von Hunden bei der Ortspolizeibehörde anzumelden. Am 17. März 1905 hat die Aufschlageinnehmerei gegen den Angeklagten einen Strafbescheid erlassen. Der Angeklagte hat aber, als ihm der Gemeindediener diesen am 25. März zustellen wollte, die schriftliche Bestätigung des Empfangs verweigert. Auf die sodann vom Amtsanwalt erhobene öffentliche Klage erfolgte am 14. April die erste richterliche Handlung gegen den Angeklagten. Er wurde vom Schöffengericht freigesprochen, weil infolge der Verweigerung der schriftlichen Empfangsbestätigung der Strafbescheid gemäß Art. 89 Abs. III des AG. z. StPO. als nicht erlassen gelte, sohin auch die an sich diesem Strafbescheid nach § 459 Abs. III StPO. zukommende Wirkung einer richterlichen Handlung in betreff der Unterbrechung der Verjährung ausgeschaltet sei und die Strafverfolgung wegen dieser Uebertretung, die am 1. Januar 1905 begonnen habe, mit dem Ablaufe des 31. März 1905 verjährt gewesen sei. Auf die Berufung des Amtsanwalts hat das Landgericht das Urteil aufgehoben und den Angeklagten zu der im Strafbescheide festgesetzten Strafe verurteilt, indem es ausführte, schon die Erlassung des Strafbescheids, nicht erst seine Zustellung habe die ihm in § 459 Abs. III StPO. beigelegte Wirkung (vgl. Olshausen StGB. Note 5a zu § 68, Jahrb. d. Entsch. d. Kammerg. Bd. 15 S. 272); die Vorschrift des Art. 89 III des bayer. AG. z. StPO. könne, da das Reichsrecht dem Landesrechte vorgehe, nicht anordnen, daß eine nach den Vorschriften des Reichsrechts (§ 459 Abs. III StPO.) durch die Erlassung eines Strafbescheides schon eingetretene Wirkung nachträglich wieder aufgehoben werde, es könne sich nur darum handeln, ob eine Unterbrechung überhaupt eingetreten und ob ein Strafbescheid als erlassen anzusehen sei; dies sei der Fall mit der Abfassung und Unterzeichnung des Strafbescheids durch die Behörde; der Strafbescheid verliere also mit der Verweigerung der Empfangsbestätigung nur nachträglich seine Wirkung, allerdings mit rückwirkender Kraft, aber doch nur, soweit dies nach den zunächst maßgebenden Vorschriften des Reichsrechts möglich sei; dies sei jedoch in Ansehung der Unterbrechung der Verjährung nicht der Fall; die Verjährung der Strafverfolgung sei also durch die am 17. März, sohin noch rechtzeitig, erfolgte Abfassung und Unterzeichnung des Strafbescheids unterbrochen und seither nicht mehr vollendet worden (BR. 472/05 I).

Mitgeteilt von E. Habel, II. Staatsanwalt in München.

## Notiz.

Der Kommentar zum ZwVG. von Theodor von der Pfordten wird in den nächsten Wochen durch einen für Bayern bestimmten Anhang ergänzt werden, der eine Bearbeitung der bayerischen Ausführungsvorschriften enthalten wird. Der Druck hat begonnen; das Erscheinen ist spätestens für den 1. Oktober zu erwarten. Herr Staatsanwalt von der Pfordten hat entgegen dem ursprünglichen Plane die Bearbeitung des Anhangbandes selbst übernommen.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, II. Staatsanwalt im K. Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

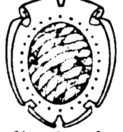
Nr. 19. München, den 1. Oktober 1905. 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).



Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum, Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.



## Zum Verhältnis des Art. 167 Nr. I Bay. AG. z. BGB. zu § 794⁵ ZPO.

Von Amtsrichter **Dr. Ulmann** in Nürnberg.

Die in dem Aufsatze Nr. 10 S. 234 ff. dieser Zeitschrift vertretene Meinung, dem Art. 167 Nr. I AG. z. BGB. komme „keine, auch nicht eine nur auslegende Wirkung auf § 794⁵ ZPO. zu", befindet sich in Widerspruch mit der in weiten Kreisen bisher vertretenen Auffassung. Gegenüber der Praxis hat dies der Verfasser selbst anerkannt. Gegenstand literarischer Erörterung scheint die Frage, was „bei Vereinbarungen über den Unterhalt unehelicher Kinder den Vollstreckungstitel im Sinne des § 794⁵ ZPO. bildet", allerdings ex professo vor dem Bechmannschen Aufsatz noch nicht geworden zu sein, sondern die das Gebiet betreffenden Untersuchungen haben sich vornehmlich mit der örtlichen Zuständigkeit zur Ausfertigung dieses Vollstreckungstitels beschäftigt. Jedoch steht nicht nur Schäfer, der die Zuständigkeit des Amtsgerichtes, an welchem die Vormundschaft ihren Sitz hat, verteidigt, auf dem Standpunkt, daß sämtliche Aktenstücke, aus welchen die Vereinbarung sich zusammensetzt, auch zum Vollstreckungstitel gehören (Bl. f. RA. Bd. 66 S. 389 f. u. Bd. 67 S. 49 f.), sondern auch Bezold hat die gleiche Ansicht, obwohl er die ausschließliche Zuständigkeit des mit der Aufnahme der Erklärung des Schuldners befaßt gewesenen Gerichtes behauptet (Bl. f. RA. Bd. 66 S. 413 f.). Im Gegensatz hiezu läßt sich von dem die Zuständigkeitsfrage im Bezoldschen Sinne entscheidenden Beschluß des I. Zivilsenats des Obersten Landesgerichtes vom 21. Juni 1902 (Slg. Bd. 3 S. 565) nicht leugnen, daß er nur in der Verpflichtungserklärung des Schuldners, nicht der Vertragserklärung des Gläubigers den Vollstreckungstitel aus dem Unterhaltsabkommen erblickt. Hinwieder können die Entscheidungen des II. Zivilsenats vom 18. Juni und 30. Dezember 1902, welche den Gerichtsschreiber des Vormundschaftsgerichtes zur Ausfertigung für zuständig erklären (Bl. f. RA. Bd. 67 S. 394 und Slg. Bd. 3 S. 1068), ihrer logischen Konsequenz nach gegen Bechmann in Anspruch genommen werden. Aus der alleinigen Zuständigkeit des Gerichtsschreibers des Vormundschaftsgerichtes zur Ausfertigung folgt zwar die Verlegung des Vollstreckungstitels in den Inbegriff der die Vereinbarung ergebenden Einzelurkunden; diese letztere Ansicht über das Wesen des Vollstreckungstitels ist dagegen mit der Entscheidung des I. Zivilsenates über die Zuständigkeitsfrage keineswegs unvereinbar, wie Bezold beweist. —

Art. 167 Nr. I Abs. 2 Satz 1 des Bay. AG. z. BGB. hat die bayerischen Amtsgerichte in die Lage versetzt, in dem üblichen Alimentenübereinkommen für uneheliche Kinder einen vollstreckbaren Schuldtitel zu beurkunden. Daß dies eine Neuerung bildete und dem bis zum 1. Januar 1900 unter Leitung des Vormundschaftsrichters beurkundeten Abkommen nur die Bedeutung eines privaten Vertrags zukam, wird heute schwerlich mehr bestritten werden. Die Verfechter einer Anwendbarkeit des alten § 702⁵ ZPO. durch die bayerischen Amtsgerichte sind schon unter der Herrschaft des älteren Rechtes verstummt.

Die Untersuchung über das Wesen dieser Neuerung fällt mit derjenigen über das Verhältnis des Art. 167 a. a. O. zu § 794⁵ ZPO. zusammen.

Wohl hatte die ZPO. in § 702⁵ ä. F. den Begriff der exekutorischen Schuldurkunde in das Reichsrecht eingeführt, die Lehre hievon aber durchaus nicht erschöpfend behandelt, sondern sich begnügt, zwei Grunderfordernisse aufzustellen in der Unterwerfungsformel und der Beschränkung des Schuldgegenstandes auf vertretbare Werte. Daneben ist dem Sinne nach negativ bestimmt, daß den Urkunden anderer Behörden als deutscher Gerichte und Notare die privilegierte Eigenschaft nicht zukommen soll; dagegen fehlt es an einer positiven Zuständigkeits-, sowie an weiteren Verfahrensvorschriften vollständig, und diese werden durch die Fassung, daß die Urkunde „von einem deutschen Gericht oder einem deutschen Notar innerhalb der Grenzen seiner Amtsbefugnisse in der

vorgeschriebenen Form" aufgenommen sein muß, als anderwärts vorhanden vorausgesetzt.

Die Anwendung des § 702[5] ZPO. allein vermochte also einen Vollstreckungstitel überhaupt nicht in die Welt zu setzen. Die zur Ergänzung notwendigen Vorschriften mußten außer der Form des Verfahrens der Urkundsbehörde regeln, welche Behörde zur Aufnahme öffentlicher Urkunden überhaupt zuständig sein sollte. (Vgl. hieher § 415 [380 alt] ZPO.) Solche Bestimmungen gehören ihrem Wesen nach der freiwilligen Gerichtsbarkeit an. Sie zu schaffen, hatte das Reichsrecht von der in Art. 4 Ziff. 13 der Reichsverfassung nicht ohne Widerspruch in diesem Punkte verlegten Zuständigkeit mindestens bis zum Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898 keinen Gebrauch gemacht. Dieselben waren also auf dem Gebiete des Landesrechtes zu suchen.

In Bayern fand sich die Regelung dieses Gegenstandes bei Entstehung der ZPO. in Art. 18 des GVG. vom 10. November 1861 im Zusammenhalt mit dem Notariatsgesetz vom gleichen Tag, welchem der die Zuständigkeit der Stadt- und Landgerichte in Sachen der nichtstreitigen Rechtspflege im allgemeinen bestimmende Art. 18 in seinem zweiten Absatz die Ausscheidung des Wirkungskreises der Gerichte von dem der Notare vorbehielt. Die Aufzählung der einzelnen, den Stadt- und Landgerichten überwiesenen Gegenstände der nichtstreitigen Rechtspflege in Art. 18 Abs. I GVG. umfaßte das Urkundswesen nicht. Dagegen hatten nach Art. 11 NotG. die Notare in den ihnen nicht durch Art. 18 GVG. entzogenen Geschäften „alle auf Rechtsverhältnisse sich beziehenden Erklärungen, Verhandlungen, Verträge und Tatsachen zu beurkunden, über welche entweder nach gesetzlicher Vorschrift oder nach dem Willen der Beteiligten eine öffentliche Urkunde zu errichten ist". Die Bedingnis der Urkundlichkeit in „gesetzlicher Vorschrift" ist in Art. 12 und 16, in dem „Willen der Beteiligten" durch Art. 17 NotG. weiter ausgebaut.

Damit war das Notariat zur alleinigen Urkundsbehörde in Bayern erklärt.

Diesen Rechtszustand hat Art. 15 des bayer. AG. z. RGVG. vollkommen unverändert gelassen.

Die Aufnahme exekutorischer Schuldurkunden durch die bayerischen Gerichte scheiterte also an den der Landesgesetzgebung anheimgestellten „Grenzen ihrer Amtsbefugnisse", welche ihnen eine solche Tätigkeit versagten.

Im Prinzip hat an dieser Sachlage auch die zum 1. Januar 1900 eingetretene große Umgestaltung des Reichs- und des hievon berührten Landesrechts nichts geändert.

Eine Verkennung der wirklichen Bedeutung des § 167 Abs. I FGG. wäre es vor allem, wenn man aus dieser Bestimmung eine grundsätzliche reichsrechtliche Regelung der Zuständigkeitsverhältnisse in Urkundssachen herauslesen wollte. Diese besagt vielmehr nur, daß die Beurkundung von Rechtsgeschäften durch die Amtsgerichte zu erfolgen hat, wenn und insoweit sie überhaupt Gerichten übertragen ist. Ob letzteres der Fall ist, bemißt sich aber nach anderen Vorschriften. (Aus der Kommentarliteratur vgl. hiezu z. B. Schneider Anm. 1 und Birkenbihl Anm. 6a zu § 167 FGG.) Allgemeine Vorschriften dieser Art enthält das Reichsrecht nicht, und es hat der Landesgesetzgebung in bezug auf die allgemeine Regelung der Zuständigkeit für die Aufnahme öffentlicher Urkunden keine weiteren Schranken gesetzt.

Unzutreffend ist es auch, die Ermächtigung der Landesgesetzgebung zur Behandlung dieser Angelegenheit auf Art. 141 EG. z. BGB. zurückzuführen. Die Bedeutung dieses Artikels ist vielmehr materiellrechtlich und seine Wirkung auf die formelle Regelung der Zuständigkeit in Urkundssachen nur mittelbar. Wenn nämlich den Landesgesetzen nicht anheimgestellt wäre, zu bestimmen, daß für die Beurkundung von Rechtsgeschäften, die nach den Vorschriften des BGB. gerichtlicher oder notarieller Beurkundung bedürfen, entweder nur die Gerichte oder nur die Notare zuständig sind, so wäre die Landesgesetzgebung gezwungen, einem Gerichte die Ermächtigung zur Aufnahme öffentlicher Urkunden zu erteilen, das hinwiederum nach § 167 FGG. nur das Amtsgericht sein könnte. Ohne eine solche Ausführungsvorschrift — von Reichs wegen — bestünde diese Zuständigkeit des Amtsgerichts aber nicht.

Bayern hat von der Erlaubnis des Art. 141 EG. in Art. 167 Nr. I Abs. 2 Satz 2 des AG. z. BGB. zugunsten der Notariate Gebrauch gemacht. Es war deshalb in der Lage, die bisher in Geltung befindlich gewesene ausschließliche Zuständigkeit des Notars für die Verrichtungen des Urkundsbeamten aufrechtzuerhalten, und hat dies getan mittels des in Abs. 1 von Art. 167 Nr. I geschaffenen neuen Wortlautes von Art. 15 AG. z. GVG., der immer noch auf die Zuständigkeit der Stadt- und Landgerichte nach dem Gesetz vom Jahre 1861 zurückgeht, in Verbindung mit Art. 1 des neuen NotG. vom 9. Juni 1899.

Die Befugnis zur Regelung der Zuständigkeitsverhältnisse überhaupt schloß aber die Möglichkeit objektiver Abgrenzungen und Unterscheidungen in sich. So hätte für das Landesrecht kein Hindernis bestanden, den Amtsgerichten zwar im allgemeinen die Tätigkeit als Urkundsbehörde zu versagen, ihnen aber die Beurkundung von obligatorischen Rechtsgeschäften, oder, um ein noch engeres Beispiel zu wählen, von Schenkungsverträgen zu gestatten. Diese letzte Möglichkeit nun ist in Art. 167 Nr. I Abs. 2 Satz 1 ausgenützt. Die hier geschaffene wahlweise Zuständigkeit des Amtsgerichtes auf dem Gebiete des Alimentenübereinkommens, welche mit Art. 141 EG. z. BGB. auch indirekt nicht das geringste zu tun

hat (vgl. dagegen Bechmann a. a. O. letzter Absatz), weil für Vereinbarungen nach § 1714 BGB. gerichtliche oder notarielle Beurkundung reichsrechtlich nicht verlangt ist, bildet aber eine absolute Ausnahmevorschrift, und sie ist als solche nicht nur mit einer äußeren, sondern auch einer inneren Umgrenzung ausgestattet, die wesentlich ist. Das Amtsgericht ist nämlich erstens für zuständig erklärt allein für Beurkundungen, welche die in §§ 1714 mit 1708 ff. und eventuell anhangsweise in § 1715 (auch §§ 1300 und 823, 825, 847?) BGB. behandelten Ansprüche betreffen, und es ist zweitens innerhalb dieses engen Gebietes nicht etwa ermächtigt zur Beurkundung von Rechtsgeschäften oder von Willenserklärungen überhaupt, sondern ausschließlich von Vereinbarungen.

Das ist sachlich etwas vollkommen anderes, als wenn dem Amtsgericht, sei es auch nur für dieses vereinzelte Rechtsgebiet, die Befugnis zur öffentlichen Beurkundung verliehen wäre. Der Unterschied kann nicht stärker beleuchtet werden, als wenn man zum Vergleich die Bezugsstelle aus der preußischen Ausführungsgesetzgebung heranzieht (Art. 31 Ges. ü. d. Freiw. Ger. vom 21. Sept. 1899), welche lautet:

> Für die Aufnahme von Urkunden der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind die Amtsgerichte und die Notare zuständig. Die Zuständigkeit umfaßt die Befugnis zur öffentlichen Beurkundung von Rechtsgeschäften und von sonstigen Tatsachen.

Während hier die Beurkundung irgendwelcher Erklärung dem Gerichte überlassen wird, ist die Zuständigkeit des bayerischen Amtsgerichtes bedingt dadurch, daß Gegenstand der Beurkundung nur eine Vereinbarung, ein Vertrag sein kann.

Eine Rechtsauffassung, welche die prozessuale Kontrolle der ursprünglichen Wirksamkeit des Alimentenversprechens dem § 767 mit § 797 Abs. 4 ZPO. allein überläßt, ignoriert die besondere Formulierung des bayerischen Gesetzes vollständig und muß um so gewisser mit den Absichten des Gesetzgebers in Widerspruch geraten, als dieser die vorliegende Ausnahme innerhalb der von ihm sonst gewählten Regelung des Beurkundungswesens ja ausschließlich in Hinblick auf § 794[5] ZPO. geschaffen hat. (Vgl. Begründung e. Ges., die durch d. Einf. d. BGB. veranl. Aenderungen d. seit 1818 erl. Ges. betr., S. 52 — Becher, Mat. Bd. 2 S. 101.) Der Satz: Die Amtsgerichte sind . . . zuständig für die Beurkundung von Vereinbarungen zwischen dem Vater eines unehelichen Kindes und diesem über den Unterhalt . . ., ergänzt für Bayern die Rahmenvorschrift des Reichsprozeßgesetzes unmittelbar, und darum kommt die Anwendung des letzteren über die Berücksichtigung des Begriffs „Vereinbarung" hier nicht hinweg.

Dieser Begriff wird erfüllt durch die Gesamtheit der zivilrechtlichen Vertragserfordernisse. Hiezu gehört insbesondere Antrag und Annahme (§§ 145 ff. BGB.), aber ebenso die Beachtung der aus §§ 1793, 1714, 1828 BGB. sich ergebenden Vorschriften. Eine Vereinbarung liegt nicht vor, solange ein, sei es allgemein, sei es mit Rücksicht auf die Besonderheiten des Falles (z. B. Minderjährigkeit eines Kontrahenten) notwendiger Bestandteil des Vertrages fehlt. Diese notwendigen Bestandteile müssen daher auch alle in der Urkunde enthalten sein.

Der bayerische Richter, der sich begnügte, nur das Schuldversprechen des Vaters eines unehelichen Kindes zum Gegenstand seiner Beurkundung zu machen, würde hienach ohne gesetzliche Ermächtigung handeln, auch wenn den übrigen Vertragserfordernissen in formloser Weise entsprochen wäre.

Das Ergebnis ist, daß für die dem Landesrecht in § 794[5] ZPO. überlassene Frage nach den Grenzen der Amtsbefugnisse des Urkundsbeamten die Einhaltung der zivilrechtlichen Vertragserfordernisse in dem in Bayern für die Amtsgerichte allein in Betracht kommenden Fall von entscheidender Bedeutung ist.

Hieran ändert nichts der Umstand, daß die einzelnen Vertragsbestandteile zulässigerweise durch verschiedene Amtsgerichte beurkundet werden können. Hierin liegt nichts als eine Arbeitsteilung zwischen gleichgeordneten Behörden, deren Zulässigkeit im allgemeinen mit Vorbehalt der örtlichen Zuständigkeitsbegrenzungen anzunehmen ist, und von dem in Art. 77 Abs. 1 d. bayer. AG. z. GVG. in der Fassung von Art. 167 Nr. XXIII AG. z. BGB. ausdrücklich auf die landesgesetzlichen Angelegenheiten erstreckten Grundsatz der Rechtshilfe vorausgesetzt wird. Daraus folgt für den Fall aber keineswegs, daß den Bestandteilsurkunden für sich eine rechtliche Bedeutung zukommt, und es ist nicht anzunehmen, daß der Kommentar von Henle-Schneider in Anm. 4d zu Art. 167 AG. etwas hievon Abweichendes sagen will. —

Bemißt sich aber die Begrenzung der Amtsbefugnisse des Beurkundungsgerichtes danach, ob eine Vereinbarung den Gegenstand der Beurkundung bildet, so ist nach dem Vorausgeschickten die Urkundlichkeit der notwendigen Vertragsbestandteile, und zwar durch § 794[5] ZPO. im Zusammenhalt mit Art. 167 Nr. I AG. z. BGB. zur Voraussetzung der formalen Gültigkeit des Aktes erhoben.

Die formalen Gültigkeitsvoraussetzungen eines Vollstreckungstitels jedoch müssen, soweit sie nicht allgemeine, sondern besondere sind, d. h. die Anwendung des Gesetzes auf den Fall bestätigen, aus dem Vollstreckungstitel selbst hervorgehen. Aus diesem Grund rechtfertigt sich der Satz, daß die urkundliche Verpflichtungserklärung des Schuldners, des Vaters, als Inhalt der vollstreckbaren Ausfertigung aus der Unterhaltsvereinbarung nicht genügt, sondern diese sämtlichen Vertragsbestand-

teile in urkundlicher Form notwendig umfassen muß. M. a. W.: Vollstreckungstitel ist die Vereinbarung, nicht die einseitige Schulderklärung!

Der Folgerung des letzten Absatzes bedarf es nicht, um Recht und Pflicht des um Ausfertigung des Unterhaltsabkommens angegangenen Gerichtsschreibers zur Prüfung, ob eine Vereinbarung wirklich vorliegt, begründet zu finden. Das ergibt sich schon aus dem Vordersatz, daß infolge der Besonderheit der getroffenen gesetzlichen Regelung den materiellen Vertragsvoraussetzungen hier in vollem Umfang prozessuale Bedeutung zukommt. Denn die Prüfung der formalen Bedingungen der Vollstreckbarkeit steht dem Gerichtsschreiber, der übrigens, wie zu Ziff. IV der Bechmannschen Ausführungen bemerkt werden darf, auch in den Fällen des § 730 ZPO. selbständig einen beschwerdefähigen (§ 576 Abs. 1 ZPO.) ablehnenden Bescheid zu erteilen befugt ist, ja unstreitig zu. Und ein Eingehen auf materielle Rechtsfragen, nicht um ihrer selbst, sondern um des formellen Zwecks willen, liegt ja schon in der auch vom Standpunkt des Gegners aus dem Gerichtsschreiber unabweislich zukommenden Untersuchung, ob überhaupt das Schuldversprechen sich mit der Unterhaltsleistung für ein uneheliches Kind seitens dessen Vaters befaßt. —

Es erübrigt nur mehr eine Abwehr des Einwandes, daß die in § 794[5] ZPO. gegebene reichsrechtliche Umschreibung des Inhaltes der exekutorischen Schuldurkunde den bezüglich der bayerischen amtsgerichtlichen Alimentenvereinbarungen für diese beanspruchten weiteren Inhalt ausschlösse. Diese Auslegung würde dem Paragraphen etwas beifügen, was er in Wirklichkeit nicht enthält, und angesichts des weitgehenden Vorbehaltes, welcher der Landesgesetzgebung für seinen Vollzug gemacht ist, nicht wohl enthalten kann. Es besteht auch kein innerer Grund, weshalb die vom Reichsrecht als notwendiger Inhalt einer exekutorischen Schuldurkunde aufgestellten beiden Erfordernisse eine Erweiterung im Sinne der dem Landesrecht überlassenen Zuständigkeitsabgrenzung verbieten sollten.

---

## Der Bordellverkauf (§§ 138, 817 BGB.)

Von Landgerichtsrat **Philipp** in Nürnberg.

(Fortsetzung statt Schluß.)

III. Kann der Bordellverkäufer die Herausgabe des Bordellanwesens klagsweise geltend machen?

Für den Fall, daß der Löschungsklage des Bordellkäufers stattgegeben werde, hatte der Bordellverkäufer Widerklage auf Zurückgabe des Bordells Zug um Zug gegen Zurückzahlung des angezahlten Kaufpreisteiles erhoben.

Das Gericht hat diese Klage auf Grund des § 817 Satz 2 BGB. abgewiesen auf Grund der kurzen Erwägung: „Nach § 817 Satz 2 sei die Rückforderung ausgeschlossen, wenn dem Leistenden sowohl wie dem Empfänger einer Leistung ein Verstoß gegen die guten Sitten zur Last falle. Gegen beide Teile sei der Vorwurf begründet, durch die Abschließung des Kaufvertrages gegen die guten Sitten verstoßen zu haben. Keiner könne daher zurückfordern, was er auf Grund des Vertrages geleistet habe."

Diese Begründung ist jedenfalls nicht erschöpfend, sie kann auch nicht für richtig erachtet werden.

A) Die Begründung ist nicht erschöpfend.

Es fehlt die Erörterung der Frage: Ob nicht infolge der Nichtigkeit des Kaufvertrages das Eigentum an dem Bordell bei dem Verkäufer verblieben ist, dieser also das Kaufsobjekt mit der Eigentumsklage zurückverlangen kann?

Schon im römischen Recht galt abgesehen von der condictio furtiva der Satz: nemo rem suam condicere potest. Wenn also nach allgemeinen Grundsätzen durch die Hingabe gar kein Eigentum für den Empfänger begründet wurde, so verstand es sich von selbst, daß, so lange die hingegebene Sache noch beim Empfänger vorhanden, also eine Vindikation derselben möglich war, die Kondiktion überhaupt nicht in Frage komme.

Daß der Eigentumsklage der Satz: in pari turpitudine melior est condicio possidentis nicht entgegengehalten werden konnte, war gemeinrechtlich geradezu unbestritten. (RGE. in CS. Bd. 29 S. 107, Seuff. Arch. Bd. 16 Nr. 10, Bd. 36 Nr. 131, Vangerow II § 628, III § 627, Windscheid II § 423 Anm. 1, Jung, Die Bereicherungsansprüche S. 42.) Nach dem Rechte des BGB. gilt dasselbe. Auch hier setzt der Bereicherungsanspruch aus § 817 BGB. wie alle Bereicherungsansprüche voraus, daß der vermögensrechtlich auszugleichende Rechts-Effekt in Wirklichkeit besteht.

Ist auf Grund des unsittlichen Rechtsgeschäftes das Vermögensstück nicht aus dem Vermögen des einen heraus in das des anderen übergegangen, dann kann von einem obligatorischen Rückerstattungsanspruch keine Rede sein. Das Eigentum ist ja bei dem bisherig Berechtigten verblieben. (Staudinger § 812 B 2, § 817 Anm. 3, Oertmann § 817 Anm. 3, Rspr. d. OLG. Bd. 8 S. 422, Eccius in Jur. Ztg. 1903 S. 42, Crome II S. 918, 976 und 1000, Goldmann-Lilienthal I S. 834 Anm. 10 und 16, S. 873 Anm. 5, Jung, Die Bereicherungsansprüche S. 138;[1]) a. M. Planck § 817 Anm. 1.) Als erste Frage ist also bei Entscheidung über die gestellte Widerklage die zu beantworten: Hat die Nichtigkeit des unsittlichen Kaufgeschäfts auch die Nichtigkeit des zur Realisierung des Kaufgeschäftes vorgenommenen Uebereignungsgeschäftes zur Folge? Bejaht man diese Frage, dann muß der Widerklage als der Eigentumsklage stattgegeben werden.

[1]) Ebenso Foerster a. a. O. S. 357.

Die aufgeworfene Frage ist in Rechtslehre und Rechtsprechung ungemein bestritten. Bei Beantwortung der Frage ist zu erwägen: Schon nach der im gemeinen Recht herrschenden Meinung war die Eigentumsübertragung ein sogenannter Formal- nicht Materialakt. Der Wille, Eigentum zu übertragen und zu erwerben, erzeugte als solcher die rechtliche Wirkung, nicht der Wille in Verbindung mit seinem Bestimmungsgrund, dem zugrunde liegenden Kausalgeschäft. Das Kausalgeschäft war lediglich eine Erkenntnisquelle für die Frage, ob der Eigentumsübertragungswille wirklich vorhanden war oder nicht. Aus der Simulation des Kaufvertrags z. B. folgte nicht die Wirkungslosigkeit der Tradition. Die Nichtigkeit des Kausalgeschäfts hatte keinen Einfluß auf die Nichtigkeit des abstrakten Eigentumsübertragungsgeschäftes. Die Frage der Rechtswirksamkeit der Tradition war vollständig für sich und abhängig von der Frage der Gültigkeit des Kausalgeschäftes zu beantworten. Das Eigentumsübertragungsgeschäft war also nur dann unwirksam, wenn dieses selbst unter einem Willensmangel litt, z. B. simuliert war oder wenn es durch Gesetz verboten war. Der Umstand, daß das der Eigentumsübertragung zugrunde liegende Rechtsgeschäft unsittlich war, stand dem Uebergang des Eigentums dann nicht im Wege, wenn das Eigentumsübertragungsgeschäft seinerseits nicht auch gegen die guten Sitten verstieß. (Windscheid § 172 Anm. 16; Dernburg I § 95 Note 5, § 213; Jacubezky, Bem. zum Entwurfe eines BGB. RGZ. Bd. 13 S. 200; JW. 1893 S. 218, 1896 S. 212; SeuffBl. Bd. 61 S. 129; SeuffA. Bd. 54 Nr. 6.) An diesem Rechtsstandpunkt wurde durch das BGB. nichts geändert.

Aus der Entstehungsgeschichte erhellt, daß in Anlehnung an das gemeine Recht das Uebereignungsgeschäft als ein von dem Verpflichtungsgrund losgelöstes, selbständiges Rechtsgeschäft konstruiert wurde und daß bei der Frage, ob das dingliche Rechtsgeschäft wegen Willensmangels nichtig ist, lediglich auf solche Willensmängel Rücksicht genommen werden darf, welche dem dinglichen Rechtsgeschäft selbst anhaften. (Motive I S. 127, 829, III S. 187, Protok. III S. 52, 64.) Hier ist über das Verhältnis des Kausalgeschäfts zum Leistungsgeschäft bemerkt:

„Der Eigentumsübergang erfolgt auf Grund des abstrakten Leistungsgeschäfts und der Eintragung. Ist das Kausalgeschäft ungültig, so bleibt die Eigentumsübertragung bestehen. Der bisherige Berechtigte aber kann nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung von dem Erwerber verlangen, daß der Eigentumswechsel rückgängig gemacht werde. Bis letzteres erfolgt ist, gilt der Erwerber als rechtmäßiger Eigentümer. Es kann aber die Sachlage die sein, daß derselbe Umstand, der das Kausalgeschäft ungültig macht, auch das Leistungsgeschäft betrifft, daß z. B. widerrechtlicher Zwang in gleicher Weise beim Kausalgeschäft und beim Leistungsgeschäft ausgeübt wurde oder der beim Kausalgeschäft verübte Betrug auch das Leistungsgeschäft beeinflußt hat. Alsdann ist, wenn die Anfechtung erfolgt, auch die Eigentumsübertragung nichtig, die Eintragung direkt zu beseitigen und es kann auch der Dritte, abgesehen von dem Schutz des § 892 BGB. keine Rechte von dem Erwerber herleiten."

Allerdings ist im Gesetz selbst diese Selbständigkeit des abstrakten Leistungsgeschäfts nicht besonders hervorgehoben worden, während im E I § 829 hinsichtlich des Eigentumsübertragungsvertrages ausdrücklich bestimmt war:

„Zur Wirksamkeit des Vertrages ist die Angabe des Rechtsgrundes nicht erforderlich. Die Wirksamkeit des Vertrages wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Vertragschließenden verschiedene Rechtsgründe vorausgesetzt haben, oder daß der von ihnen vorausgesetzte Rechtsgrund nicht vorhanden oder ungültig war. Die Vorschriften über Rückforderung einer Leistung wegen ungerechtfertigter Bereicherung bleiben unberührt."

Diese Vorschrift wurde nun allerdings gestrichen, allein nicht etwa deshalb, weil man sie für unrichtig erachtete, sondern weil man sie für überflüssig ansah, da das, was sie bestimme, von selbst aus dem Wesen des dinglichen Vertrages folge. (Protokolle III, 64.) Rechtslehre und Rechtsprechung sind denn auch darüber einig, daß nach dem Rechte des BGB. das obligatorische Kausalgeschäft für das dingliche Rechtsgeschäft lediglich die Rolle des Motives spielt, daß die Ungültigkeit oder das gänzliche Fehlen dieses Motives den Erwerb des dinglichen Rechts nicht hindert, daß demzufolge bei Ungültigkeit des Kausalgeschäfts keine dingliche Klage auf Herausgabe dessen, was der Erwerber erlangt hat, gegeben ist, die Wirkungen des dinglichen Rechtsgeschäfts vielmehr nur durch einen persönlichen Anspruch aus der ungerechtfertigten Bereicherung rückgängig gemacht werden können. (Goldmann-Lilienthal I S. 117, 136 u. 862 ff., Crome I S. 331, 346, II S. 1001, Rehbein BGB. I S. 206, Planck III § 873 Anm. 7b, Bendix in SeuffBl. 68 S. 193 ff., Staudinger-Kober § 873 VI 2.) Auch das Reichsgericht hat schon wiederholt anerkannt, daß rechtsbegrifflich eine Abhängigkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts von dem obligatorischen nicht stattfindet. (RGZ. Bd. 57 S. 95.) Es hat also auch nach dem Rechte des BGB. bei dem gemein-

rechtlichen Satz sein Bewenden, daß das Uebereignungsgeschäft nur dann nichtig ist, wenn es selbst gegen § 134 oder § 138 BGB. verstößt.

1. Es entsteht nun die Frage: „Kann das dingliche Leistungsgeschäft gegen § 134 BGB. verstoßen?" Diese Frage muß wohl ohne weiteres bejaht werden. Schon im gemeinen Recht wird allgemein auch von denen, welche die Tradition auch auf Grund gesetzlich mißbilligter Geschäfte das Eigentum übertragen lassen, zugegeben, daß ausnahmsweise das gegen das zugrunde liegende Rechtsgeschäft gerichtete Verbot zugleich annullierend auf den Eigentumsübergang wirkt: so namentlich bei den Schenkungsverboten. (JW. 1895 S. 391, SeuffA. 54 Nr. 6, Bay.ObLG. in CS. Bd. 13 S. 217, Bd. 15 S. 759.)

Die in dem E I gewählte Fassung: „ein Rechtsgeschäft, dessen Vornahme durch Gesetz verboten ist, ist nichtig", wurde bei der zweiten Lesung, um auch ein gegen ein gesetzliches Verbot verstoßendes Leistungsgeschäft der Nichtigkeit zu unterstellen, dahin abgeändert: „ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig", und in Konsequenz dieser Aenderung die Bestimmung des § 344 E I: „Ist der Vertrag auf eine Leistung gerichtet, welche durch Gesetz verboten ist, so ist die Leistung nichtig", als überflüssig gestrichen. (Protokolle I S. 123.)

Der Hehler, welcher entgegen der Strafbestimmung des § 259 StGB. eine gestohlene Sache „an sich bringt", erlangt an der Sache kein Eigentum, da unter dem „an sich bringen" sicherlich auch das dingliche Leistungsgeschäft mit umfaßt wird; der Täter eines Verbrechens, dem ein anderer wissentlich dadurch Hilfe leistet, daß er ihm das zur Begehung der Tat erforderliche Werkzeug schenkt, wird nicht Eigentümer des Werkzeuges; der Anstifter, der einen anderen zu der von ihm begangenen strafbaren Handlung durch Gewährung eines Geschenkes vorsätzlich bestimmt hat, bleibt Eigentümer der geschenkten Sache. In diesen Fällen richtet sich eben das Verbot auch gegen das Uebereignungsgeschäft. (Dernburg, Bürgerl. R. III S. 89, 275, Hachenburg, Vorträge S. 60, Cosak II S. 29, Neubecker a. a. O. S. 68, Eck, Vorträge I S. 595 Anm. 3.)

Der III. Strafsenat des Reichsgericht hat in einer im Recht 1904 S. 534 veröffentlichten Entscheidung unter Bezugnahme auf § 134 BGB. anerkannt, daß durch die gegen die Strafvorschrift des § 184 StGB. betätigte Verbreitung unsittlicher Bilder das Eigentum auf den Erwerber nicht übertragen werde, „weil das strafrechtliche Verbot die an den Verkauf sich anschließende Uebergabe der Sache, das gesamte Uebereignungsgeschäft mit umfasse". In einer weiteren in Jur. Wschr. 1904 S. 542 mitgeteilten Entscheidung hat das Reichsgericht ausgeführt, daß die Vollmacht trotz der abstrakten Natur dann unwirksam ist, wenn sie auf ein verbotenes Spiel gerichtet ist.

Da nach den Ausführungen unter I 1 nicht einmal der über das Bordell abgeschlossene Kaufvertrag gegen § 134 BGB. verstößt, kann dieses um so weniger von dem zur Realisierung des Kaufvertrages betätigten Uebereignungsgeschäft angenommen werden. Durch die Uebereignung hat sich der Verkäufer nicht gegen § 180 StGB. verfehlt. Es genügt, auf die oben zitierte Judikatur Bezug zu nehmen. (Schluß folgt.)

---

## Die unrichtige Uebermittelung einer Willenserklärung durch die Mittelsperson.

Von

Rechtsanwalt Dr. Eugen **Josef** in Freiburg im Breisgau.

Vor einiger Zeit trug sich in einer Universitätsstadt folgender Fall zu: Ein Professor übergab seinem Diener einen Zettel, inhaltlich dessen er einen Zigarrenhändler ersuchte, ihm „durch Ueberbringer dieses 1 Kiste echte Havanna der unter uns besprochenen Sorte zum Preise von zehn Mark" zu übersenden. Der Diener fälschte nun die Zahl „1" durch Hinzufügung zweier Striche in „4" und erhielt von dem Händler, der von dieser Verfälschung der ihm wohl bekannten Handschrift des Bestellers nichts merken konnte, vier Kisten Zigarren, von denen er nur eine seinem Dienstherrn abgab, während er die drei anderen veruntreute. Der Diener schied schon am nächsten Tage aus seiner Stellung, und als einige Zeit später der Professor sich zum Händler begab, um die bestellte und erhaltene eine Kiste mit zehn Mark zu bezahlen, erfuhr er von der durch seinen Diener verübten Verfälschung. Nichtsdestoweniger verlangte der Händler, der Professor solle sämtliche vier Kisten bezahlen; er stützte diesen Anspruch auf die §§ 120, 122 BGB., wonach eine Willenserklärung, die durch die zur Uebermittelung verwendete Person oder Anstalt unrichtig übermittelt worden ist, vom Erklärenden angefochten werden kann, dieser aber dem Erklärungsempfänger schadensersatzpflichtig ist; und der Schaden bestand hier darin, daß der Händler um drei Kisten Zigarren im Wert von 30 Mark gekommen war. In der Tat ist Voraussetzung des § 120 nur, daß die Willenserklärung durch den Boten „unrichtig" übermittelt ist, ohne jede Unterscheidung, ob die Unrichtigkeit auf Fahrlässigkeit oder Böswilligkeit des Boten zurückzuführen ist, eine Ansicht, die besonders in Plancks Kommentar zu § 120 (zweite Auflage) vertreten wird, während die von Planck angezogenen Kommentare von Hölder und Staudinger, sowie die Lehrbücher von Dernburg, Endemann und Crome die Anwendbarkeit des § 120 für den Fall, daß die unrichtige Uebermittelung auf Böswilligkeit des Boten zurückzuführen ist,

verneinen; Dernburg (Bürgerl.R. Bd. 1 S. 436, 437) weist darauf hin, daß nach der Auslegung Plancks jeder, der auch nur ein unbedeutendes Geschäft durch einen Boten bestellt, sein Hab und Gut der Bosheit des Boten preisgibt, daß ferner diese Auslegung den „historischen Antezedentien", denen der § 120 seine Entstehung verdankt, widerspreche.

Eine nähere Begründung dieser Ansichten wird von keinem der genannten Schriftsteller gegeben; eine eingehende Untersuchung der für den Rechtsverkehr überaus wichtigen Frage muß in der Tat von den „historischen Antezedentien" ausgehen.

In der Praxis war mehrfach der Fall vorgekommen, daß mittelst Telegramm übermittelte Anträge entstellt beim Adressaten anlangten und in der unrichtigen Gestalt durch unmittelbare Ausführung zur Annahme gelangten, worauf streitig wurde, ob ein Vertrag zustande gekommen und wer den durch das Mißverständnis entstandenen Schaden zu tragen habe. So schon im Jahre 1856 in dem bekannten Köln-Frankfurter Telegraphenprozeß: ein Kölner Bankier hatte einem Frankfurter Bankier telegraphisch den Auftrag erteilt, Aktien zu einem sehr bedeutenden Wert zu kaufen; der Beamte der Ankunftstation hatte aus „kaufen" „verkaufen" gemacht; der hierdurch erwachsene Schaden betrug etwa 40000 Taler. (Vgl. die bei Windscheid-Kipp, Pandekten Bd. 2 § 308 Anm. 5 angeführte Literatur.) Ein gleicher Fall ist durch Urteil des Reichsgerichts vom 29. Juni 1891 (Entsch. Bd. 28 S. 16) entschieden: der Beklagte hatte in Hamburg ein Telegramm aufgegeben, durch das er die Klägerin beauftragte, für seine Rechnung 2000 Pfund Sterling Dynamit-Trustaktien zu verkaufen; in der der Klägerin zu Berlin ausgehändigten Ausfertigung des Telegramms war die zu verkaufende Summe auf 20000 Pfund angegeben. Der beklagte Absender des Telegramms weigerte sich in beiden Fällen, den Verkauf als für seine Rechnung geschehen anzuerkennen.

Sowohl für die Fälle, in denen der Wille bloß durch die eigene Erklärung an den Tag gelegt wird, als auch für die oben erwähnten, in denen sie durch eine mündlich oder schriftlich sprechende Mittelsperson geschieht, insbesondere also auch im Fall unrichtiger Bestellung durch den Boten oder unrichtiges Funktionieren des Telegraphen, schlug nun der von Gebhard ausgearbeitete Entwurf eines allgemeinen Teils des BGB. (1881) in § 100 folgende Bestimmung vor:

„Gelangt an den anderen Vertragsteil eine **Erklärung**, bei welcher das als gewollt Bezeichnete mit dem wirklich Gewollten nicht übereinstimmt, so haftet der Urheber der Willenserklärung dem anderen Teil für den demselben hierdurch verursachten Schaden, sofern nicht der Empfänger der Erklärung den wirklichen Willen kannte oder kennen mußte.

Diese Haftung findet nicht statt, wenn der Wille durch eine von dem Erklärenden beauftragte Mittelsperson in Folge von Umständen, welche außer aller Berechnung liegen, unrichtig mitgeteilt worden ist."

In der „Begründung" hierzu bemerkt Gebhard S. 111 betreffs des Abs. 2: „Diese Ausdrucksweise deckt wohl auch den Fall, wenn die mit der Uebermittelung der Willenserklärung betraute Mittelsperson dieselbe wissentlich falsch übermittelt."

Der Gebhardsche Vorentwurf wollte also, obwohl er grundsätzlich den Urheber der Willenserklärung ohne Rücksicht darauf, ob ihn ein Verschulden trifft, für den durch unrichtige Erklärung entstehenden Schaden haften läßt, gerade in unserem Fall, wo die Erklärung durch eine Mittelsperson wissentlich falsch abgegeben ist, die Haftung des Erklärenden ausschließen. Wäre diese Bestimmung Gesetz geworden, so wäre also der eingangs gedachte Fall, wo der Diener (Bote) böslich den Bestellzettel verfälschte, zugunsten des Professors (Dienstherrn) zu entscheiden gewesen. Ebenso aber auch nach dem Entwurf I des BGB.: dieser bestimmte nämlich in den §§ 97—99, daß der Erklärende für den durch unrichtige Erklärung entstehenden Schaden überhaupt nur dann haftbar sei, wenn ihn eine Fahrlässigkeit treffe, und weiter in § 101, daß dies auch dann gelte, wenn der Urheber der Willenserklärung zur Uebermittelung an den Empfänger sich einer Mittelsperson bedient hat, durch die der Wille unrichtig mitgeteilt ist; der Erklärende (Dienstherr) sollte also, wie die Motive Bd. I S. 203 hervorheben, nur wenn ihn in der Auswahl oder Instruktion der Mittelsperson (des Dieners) eine Fahrlässigkeit trifft, den einem Dritten aus der unrichtigen Uebermittelung entstehenden Schaden ersetzen,[1]) so daß bei unrichtiger Uebermittelung durch den Telegraphen nach dem Entw. I die Schadensersatzpflicht des Absenders ganz ausgeschlossen war.[2]) — Die zweite Kommission billigte betreffs der Schadensersatzpflicht des Erklärenden den entgegengesetzten Standpunkt: er sollte in allen Fällen, wo er seine Erklärung als irrtümlich erfolgt anficht, schadensersatzpflichtig sein, ohne Rücksicht darauf, ob ihn ein Verschulden treffe: im Gegensatz zu der oben wiedergegebenen Aeußerung der Motive bestand in der zweiten Kommission auch Uebereinstimmung darüber, daß, wenn die Erklärung durch die zur Uebermittelung verwendete Person oder Anstalt unrichtig übermittelt ist, der Erklärende (Dienstherr, Absender), der die Erklärung anficht, schadensersatzpflichtig

---

[1]) Die anscheinend entgegengesetzte Annahme von Fleck im Arch. f. Bürgerl. R. Bd. 15 S. 395, wonach zwischen dem Gebhardschen Vorentwurf und dem Entw. I in dieser Beziehung eine Verschiedenheit obwalten soll, ist hiernach nicht richtig.

[2]) Dies hob Bähr bei der Besprechung des Entwurfs in Krit.VJSchrift Bd. 11 Heft 3/4 zu §§ 97 ff. besonders hervor.

ist, „ohne Rücksicht darauf, ob ihm bei der Auswahl oder der Instruktion der Mittelsperson ein Verschulden zur Last falle." Dagegen wurde beantragt, für diesen Fall, also bei Verwendung der Mittelsperson, die Schadensersatzpflicht auszuschließen, „wenn die Unrichtigkeit der Uebermittelung ihren Grund in höherer Gewalt hat." Die Gegner dieses Antrages wiesen darauf hin: einerseits der Begriff der höheren Gewalt sei zu unbestimmt, andererseits würden erhebliche Zweifel darüber entstehen, „ob der Fall, in welchem die Mittelsperson doloserweise oder etwa infolge momentaner Geistesverwirrung die Willenserklärung unrichtig übermittele, unter den Begriff der höheren Gewalt zu subsumieren sei, obwohl an sich kein Grund zu einer verschiedenen Behandlung dieser Vorkommnisse bestehe." Nichtsdestoweniger wurde der Antrag angenommen (Prot. Bd. 1 S. 117) und es sollte also nach dem dem jetzigen § 122 entsprechenden § 118 Abs. 2 Satz 2 der Reichstagsvorlage die Schadensersatzpflicht dessen, der seine durch einen Boten oder telegraphisch abgegebene Erklärung anficht, ausgeschlossen sein, „wenn die Unrichtigkeit der Uebermittelung ihren Grund in höherer Gewalt hat."

Wie hiernach, wenn diese Bestimmung Gesetz geworden wäre, der Eingangs gedachte Fall zu entscheiden wäre, ob also die wissentlich unrichtige Bestellung (Verfälschung) durch den Boten als höhere Gewalt anzusehen wäre, kann dahingestellt bleiben. Denn die Kommission des Reichstags beschloß die eben angezogene Vorschrift des Entw. II zu streichen; es heißt hierüber im Kommissionsbericht S. 25: für den Geschädigten sei der Grund der unrichtigen Uebermittelung vollkommen gleichgültig; die Sicherheit des Verkehrs erfordere, daß dieser Fall nicht anders behandelt werde, wie alle übrigen Fälle unrichtiger Uebermittelung.

Aus dem Vorgetragenen ergibt sich hiernach, daß der Wortlaut des § 120 durchaus der Absicht des Gesetzgebers entspricht; dieser wollte also, daß der Dienstherr, der seine Erklärung durch Boten, insbesondere z. B. durch Gesinde, abgibt, zwar die von diesem unrichtig übermittelte Willenserklärung als irrtümlich anfechten könne, daß aber die Schadensersatzpflicht auch dann Platz greife, wenn der Bote arglistig und bewußterweise die Botschaft unrichtig übermittelt.

Das Auffallende dieser Regelung schwindet etwas, wenn man folgendes erwägt: Hätte der Professor nicht seinen Diener mit einem Bestellzettel zum Zigarrenhändler geschickt, sondern hätte er einen seiner Studenten oder einen Freund gebeten, mündlich eine Kiste jener Zigarren zu bestellen und hätte der so ersuchte Student oder Freund versehentlich statt einer Kiste vier Kisten für den Professor bestellt, so wäre diese Bestellung, soweit sie zu Unrecht erfolgt ist, also auf Höhe von drei Kisten, für den Professor nicht verbindlich. Denn der Student oder Freund ist nicht Bote, sondern Vertreter des Professors und die vom Vertreter abgegebene Erklärung wirkt für und gegen den Vertretenen nur, wenn der Vertreter sie abgegeben hat „innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht", § 164 BGB. Diese Vertretungsmacht bestand aber im vorausgesetzten Fall nur zur Bestellung einer Kiste. Während also fahrlässige (versehentliche) Ueberschreitung der Vollmacht seitens des Vertreters dem Erklärenden (Geschäftsherrn) nicht schadet, wird er nach §§ 120, 122 schadensersatzpflichtig, wenn er sich zur Uebermittelung der Erklärung eines Boten bedient und dieser fahrlässig die Botschaft unrichtig übermittelt. Und in gleicher Weise soll nach der Absicht des Gesetzes selbst vorsätzlich unrichtige Ausführung der Botschaft den Geschäftsherrn schadensersatzpflichtig machen.

Nun ist aber die Frage, ob im Einzelfall jemand bloßer Bote oder ob er Vertreter ist, außerordentlich zweifelhaft.[1] Das Gesetz unterscheidet den Boten des § 120 vom Vertreter des § 164 und auch in den Motiven (Bd. 1 S. 203) und in den Protokollen (Bd. 1 S. 141) wird dieser Unterschied hervorgehoben. Aber das Gesetz gibt keine Begriffsbestimmung für den Boten; man pflegt zu sagen: der Bote übermittelt die Erklärung des Geschäftsherrn, er ist dessen „bloßes Organ, nicht anders wie die Zunge", wie der „Mund" des Geschäftsherrn; dagegen kommt das vom Vertreter vorgenommene Rechtsgeschäft in der Person des Vertreters zustande und nur die Wirkungen werden auf den Vertretenen bezogen; die Erklärung des Stellvertreters stelle sich dar als ein eigenes Produkt des Denkens und Wollens des Vertreters und werde nur begleitet mit der Kundgebung, daß er namens eines anderen (des Vertretenen) handle, wie Gebhard S. 157 der Begründung zu dem oben erwähnten Vorentwurf sagt. Diese Begriffsbestimmung ist annehmbar, soweit der Bote, wie im eingangs gedachten Fall, Ueberbringer einer schriftlichen Erklärung ist, er hat hier nur dieselbe Stellung wie ein Postbote. Dagegen schwindet jede Möglichkeit einer Unterscheidung zwischen Bote und Vertreter, wenn eine mündliche Erklärung zu überbringen ist; denn während der Ueberbringer einer schriftlichen Erklärung in der Tat (wie ein Postbote) die Erklärung des Geschäftsherrn überbringt, schafft doch der Ueberbringer der mündlichen Erklärung in jedem Fall die Erklärung, er gibt also seine Erklärung ab, er ist Erzeuger der von ihm abgegebenen Erklärung. Man nehme hier den einfachsten Fall des täglichen Lebens: die Hausfrau übergibt dem Dienstmädchen ein Fünfzigpfennigstück mit der Anweisung, für dieses Geldstück aus dem Metzger- oder Bäcker- oder Spezereiladen des Nachbars A. eine ganz bestimmte Ware zu kaufen.

[1] Vgl. Fleck im Archiv f. Bürgerl. R. Bd. 15 S. 337 bis 414, sowie Dolinski „Die Haftung des Kontrahenten für seine Gehilfen" (1893) S. 82—94.

Das Dienstmädchen ist hier nicht bloß angewiesen, eine bestimmte Erklärung der Hausfrau dem Händler zu überbringen, sondern sie ist zugleich ermächtigt, die Auswahl unter den feil stehenden Stücken, soweit eine solche dem Käufer zusteht, zu treffen, auch, falls die ihr bestimmt bezeichnete Ware bei A. nicht zu haben ist, solche bei B. einzukaufen oder auch den Einkauf überhaupt zu unterlassen. Nichtsdestoweniger ist hier das Dienstmädchen Botin, bloßes Organ, bloßer Mund der Hausfrau; denn sie stellt sich dem Händler gegenüber offensichtlich nur als unselbständige Botin dar, als nicht wollend, und wenn die vom Dienstmädchen eingekaufte Ware mangelhaft ist, so kann die Wandlungsklage der Hausfrau nicht abgewiesen werden, weil der Händler das Dienstmädchen auf den Fehler aufmerksam gemacht hatte oder dieser Fehler dem Dienstmädchen beim Kaufabschluß offensichtlich war. Denn Kenntnis des Dienstmädchens ist ebenso einflußlos wie etwa die eines Kindes, dessen die Mutter sich bedient, um Einkäufe zu besorgen; der § 166 Abs. 1 kommt eben nicht zur Anwendung, wenn jemand zur Uebermittelung der Erklärung sich eines Boten bedient. Ein bloßes Botenverhältnis liegt sicher auch vor, wenn ich meinen Diener zum Buchhändler oder zum Zigarrenhändler schicke mit der mündlichen Anweisung, für mich den neuesten Adreßkalender oder eine Kiste Korona-Zigarren für zehn Mark zu kaufen. Die Tätigkeit des Dieners ist aber in diesen Fällen im Grunde genommen doch die gleiche, die mein Freund ausübt, wenn er auf mein Ansuchen zum Buchhändler oder Zigarrenhändler geht, um die gedachten Waren dort für mich zu bestellen; und doch nimmt man an, der Freund sei hier nicht Bote: denn er überbringe nicht meinen Willen, sondern er gebe eine eigene Willenserklärung ab, die nur für und gegen mich wirke. In zahlreichen Fällen wird dem Dritten gar nicht erkennbar sein, ob der ihm Gegenüberstehende bloßer Bote des von ihm benannten Auftraggebers oder ob er dessen Vertreter im Willen ist und doch hängen von der Feststellung dieses Rechtsverhältnisses überaus wichtige Rechte und Pflichten ab: Ist der Ueberbringer Stellvertreter und übermittelt er die Erklärung, zu der er ermächtigt ist, unrichtig, handelt er also nicht „innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht", so ist hierdurch der Vertretne nicht verpflichtet (§ 164 Abs. 1) und der Dritte mag sich an den Vertreter halten (§ 179). Ist der Ueberbringer dagegen Bote, so wird der Erklärende (Besteller, Geschäftsherr) durch unrichtige Uebermittelung, selbst wenn sie vorsätzlich unrichtig erfolgt, nach Maßgabe der §§ 120, 122 verpflichtet, d. h. er kann die unrichtig abgegebene Erklärung des Boten anfechten, ist aber schadensersatzpflichtig. Und so geben denn Dienstherrschaften, wie Dernburg a. a. O. richtig bemerkt, in der Tat ihr Hab und Gut der Leichtfertigkeit, ja sogar der Treulosigkeit ihres Gesindes preis, wenn sie dieses zur Ausführung von Bestellungen verwenden.

Unter diesen Umständen ist es geboten, den § 120 tunlichst einengend auszulegen. Hierbei ist einerseits davon auszugehen, daß nach dem Wortlaut dieser Bestimmung und der Absicht des Gesetzgebers zwar auch der Fall vorsätzlich unrichtiger Uebermittelung der Willenserklärung von § 120 getroffen wird; andererseits ist aber festzuhalten, daß der Grundgedanke, von dem man ausging, der der oben gedachten „Telegraphenprozesse" ist, also der Fall, daß eine Botschaft bezüglich eines Rechtsgeschäfts wirklich aufgetragen, auch dem Adressaten zuging, aber entstellt züging. Hiernach ist Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 120:

1. Daß ein Auftrag zu einer „Willenserklärung" überhaupt erteilt ist. Z. B. ich habe gestern mit meinem Nachbar A. wegen Verkaufs meines Schimmels unterhandelt; er bot mir 300 Mk., ich konnte mich aber noch nicht schlüssig machen. Jetzt beauftrage ich meinen Diener, zum Nachbar zu gehen und ihm mitzuteilen, daß ich ihm das Pferd für 300 Mk. zu überlassen bereit bin; doch widerrufe ich noch diesen Auftrag und sage dem Diener, er solle den Nachbar lediglich zu einer Besprechung zu mir bestellen. Der Diener übermittelt aber versehentlich oder absichtlich unrichtig dem Nachbar jenen Antrag zum Kaufgeschäft. Hier hat der Nachbar gegen mich keinen Anspruch; denn der Diener war überhaupt nicht beauftragt, eine „Willenserklärung", eine rechtserhebliche Erklärung abzugeben. Das dem zuwider Uebermittelte ist als nicht beabsichtigt nichtig und ich brauche nicht anzufechten.

2. Die Willenserklärung muß dem Adressaten, also dem, für den sie bestimmt ist, zugehen. Geht sie aus irgend einem Grunde nicht dem Adressaten, sondern einem Dritten zu, so ist der Absender überhaupt nicht verpflichtet. Z. B. in dem eben gedachten Fall übermittelt der Bote versehentlich oder arglistig meinen Antrag, mir das Pferd für 300 Mk. abzukaufen, nicht dem A., sondern dem B. Oder das Telegramm, das ich an A. gerichtet, wird versehentlich für B. ausgefertigt, so daß dieser sich für den Beauftragten oder für den Empfänger eines Antrags hält. Oder: mein Bote soll hundert Pfund Kaffee beim Kaufmann Müller einkaufen, geht aber versehentlich oder vorsätzlich zum Kaufmann Möller, der nur mit Vanille handelt und bestellt bei ihm Hundert Pfund Vanille. Zu Unrecht nimmt Fleck a. a. O. (oben Anm. 1) S. 397 an, daß dieser Fall nach § 120 zu beurteilen sei. Diese Erklärung verpflichtet mich nicht; denn sie ist gar nicht dem zugegangen, an den sie gerichtet war, sondern einem Dritten. Sie war also, so wie sie übermittelt ist, nämlich mit Wirkung für den Dritten, gar nicht beabsichtigt, ist danach nichtig, ohne daß es einer Anfechtung bedarf.

3. Die Willenserklärung muß unrichtig übermittelt sein; der § 120 findet also keine Anwendung, wenn neben der richtigen Willenserklärung zugleich eine unrichtige übermittelt wird. Z. B. ich weise mein Dienstmädchen an, meinen Anzug dem Schneider zur Ausbesserung zu bringen; sie überbringt ihm auch meinen Anzug, aber daneben noch den ihres Liebhabers, mit der unrichtigen Angabe, daß beide Anzüge mir gehören und ich die Ausbesserung beider Anzüge dem Schneider übertrage; infolge dessen bessert der Schneider beide Anzüge aus. Hier hat der Schneider gegen mich keinen Anspruch auf Lohn für die Ausbesserung des mir nicht gehörigen Anzugs. Denn meine Willenserklärung ging nur dahin, daß der Schneider meinen Anzug ausbessern solle; diese meine Erklärung ist dem Schneider auch richtig übermittelt, aber zugleich mit einer anderen, zu der überhaupt kein Auftrag erteilt war.

4. Es muß diejenige Willenserklärung, deren Uebermittelung dem Boten aufgetragen war, dem Adressaten — wenn auch entstellt — zugegangen sein, nicht etwa eine andere Willenserklärung. Diese Erwägung kommt zur Anwendung in dem eingangs gedachten Fall, wo der Bote den Bestellzettel verfälscht hat. Hier ist gar nicht diejenige (schriftliche) Willenserklärung, deren Uebermittelung dem Boten aufgetragen war, übermittelt, sondern eine andere; das Stück Papier, der Bestellzettel, das dem Boten übergeben war, ist zwar dem Adressaten überbracht, aber dieses überbrachte Papier enthielt nicht die Willenserklärung, deren Uebermittelung der Professor beabsichtigte, nämlich Bestellung einer Kiste, sondern eine Bestellung von vier Kisten. Hätte der Professor dem Diener mündlich aufgetragen, eine Kiste zu bestellen, und hätte dieser vier Kisten bestellt, so wäre die aufgetragene Willenserklärung übermittelt, aber „unrichtig" übermittelt. Wird dagegen die Bestellung schriftlich aufgetragen, und verfälscht der Bote das Bestellschreiben, so liegt der Fall nicht anders, als wenn der Bote an Stelle des ihm übergebenen Bestellschreibens ein anderes fälschlich herstellt und dieses dem Adressaten überbringt. In dem Bestellschreiben verkörpert sich, so kann man vielleicht sagen, die schriftliche Willenserklärung, deren Uebermittelung dem Boten übertragen ist. Daher liegt nicht unrichtige Uebermittelung der aufgetragenen, sondern Uebermittelung einer anderen Willenserklärung vor, wenn der Bote ein von ihm inhaltlich verfälschtes oder fälschlich angefertigtes Schreiben dem Adressaten überbringt. Diese Unterscheidung in der Behandlung mündlicher und schriftlicher Willenserklärungen erscheint auch vom Standpunkt des Erklärenden (Geschäftsherrn) begründet; denn dieser muß mit der unrichtigen Uebermittelung des gesprochenen Wortes, als eines sehr gebrechlichen Mittels rechnen, nicht aber mit der Verfälschung oder fälschlichen Herstellung der Schrift. Ebensowenig fällt es also unter § 120, wenn der Telegraphenbeamte die ihm zur Beförderung aufgegebene Urschrift des Telegramms verfälscht oder vernichtet und ein von ihm fälschlich hergestelltes Schriftstück als angebliche Erklärung des Absenders telegraphisch befördert. Insoweit als trotz der Verfälschung der Wille des Erklärenden richtig übermittelt ist, ist dieser natürlich verpflichtet; im eingangs gedachten Fall ist der Professor also zur Bezahlung einer Kiste verbunden.

Wie aber, wenn ich dem Telegraphenbeamten ein Telegramm an meinen Bankier aufgebe des Inhalts: „Sofort 3000 Mark senden" und der Beamte versehentlich, etwa infolge einer Verwechslung,[1]) oder auch vorsätzlich dem Bankier meine Erklärung dahin übermittelt: „3000 Mark Oelsheimer Aktien kaufen"? oder in dem oben unter 1 gedachten Fall, wo mein Diener beauftragt war, dem Nachbar zu erklären: ich sei bereit, ihm das behandelte Pferd für 300 Mark zu verkaufen, bestellt er versehentlich oder arglistig unrichtig die Botschaft dahin: ich sei bereit, ihm einen Acker für 300 Mark zu verpachten; also er bestellt statt eines Antrages zu einem Kaufvertrag einen Antrag zu einer Ackerpacht. Erwägt man, daß der Grundgedanke, der zur Schaffung des § 120 Anlaß gab, der war, daß ein Telegramm entstellt ankommt, so wird man für die eben gedachten Fälle die Anwendbarkeit des § 120 leugnen und diesen dahin auslegen müssen: die dem Adressaten unrichtig zugegangene Willenserklärung muß dasselbe Rechtsgeschäft betreffen, dessen Uebermittelung die Erklärung des Absenders zum Gegenstand hatte. In den beiden oben erwähnten Telegraphenprozessen trifft diese Voraussetzung zu: im ersten Fall enthielt die Erklärung des Absenders den Auftrag zum Kauf, die übermittelte Erklärung den Auftrag zum Verkauf von Börsenpapieren; im zweiten Fall ging die Erklärung des Absenders auf Verkauf von 2000, die übermittelte auf Verkauf von 20000 Aktienbetrag. Immerhin war aber im ersten Fall ein Auftrag betreffs Börsenpapiere übermittelt, im zweiten Fall nur die Menge unrichtig übermittelt. Man kann also sagen: es treffe § 120 zu, denn es war diejenige Willenserklärung, deren Uebermittelung verlangt war, tatsächlich übermittelt, nämlich ein Auftrag betreffs Börsenpapiere, er war nur „unrichtig" übermittelt. Dasselbe würde gelten, wenn die Unrichtigkeit der Uebermittelung darin besteht, daß nicht die aufgegebene, sondern eine andere Art der Börsenpapiere, ja sogar eine ganz andere Ware übermittelt wird, z. B. wenn im oben erwähnten Fall mein Diener den Verkaufsantrag

---

[1]) Darüber, inwieweit der Telegraphenbeamte selbst für sein Versehen schadensersatzpflichtig ist, vgl. das Urt. des Reichsgerichts in Gruchot, Beitr. Bd. 43 S. 500. Der hier für Gemeines Recht ausgesprochene Rechtsgrundsatz gilt auch für § 839 BGB.

betreffs des Pferdes dahin ausrichtet, daß ich bereit sei, meinen Zuchtstier zu verkaufen. Denn hier ist immer noch übermittelt, was erklärt war, nämlich ein Auftrag betreffs Handelsguts, bzw. ein Antrag zu einem Kaufgeschäft. Wenn dagegen der Telegraph oder Bote wie in den obigen Beispielen statt des erklärten Auftrages zur Sendung von Geld einen Auftrag zum Kauf oder statt des Antrags zum Kaufgeschäft einen Antrag zur Pacht übermittelt, dann ist nicht die aufgetragene Willenserklärung „unrichtig", sondern an Stelle der aufgetragenen ist eine Erklärung anderer Art übermittelt; der Fall des § 120 liegt hier also nicht vor. Allerdings wird die Unterscheidung zwischen den Fällen, wo die aufgetragene Erklärung nur unrichtig übermittelt ist und wo nicht die aufgetragene, sondern eine Erklärung anderer Art übermittelt ist, oft schwierig sein, die Auffassung des Verkehrs ist hier maßgebend. Keinesfalls kann die Schwierigkeit der Unterscheidung uns hindern, eine für den Rechtsverkehr so gefährliche Vorschrift wie die des § 120 tunlichst einengend auszulegen. Ob diese Bestimmung überhaupt gesetzgeberisch notwendig war, kann sehr zweifelhaft sein, da die früheren Rechte sie nicht enthielten und für den Fall, für den sie zugeschnitten ist, nämlich den einer unrichtigen telegraphischen Uebermittelung im Handelsverkehr, das Reichsgericht im oben gedachten Urteil v. 29. Juni 1891 auf Grund der früheren Art. 278, 279 HGB., denen die jetzigen § 133 BGB. und § 346 HGB. entsprechen, zu dem gleichen Ergebnis gelangt ist, das jetzt durch die ausdrückliche Vorschrift des § 120 BGB. gesichert werden soll.

Das Ergebnis dieser Untersuchung ist hiernach:

Der § 120 BGB. findet Anwendung auch wenn die Mittelsperson die Erklärung nicht versehentlich, sondern vorsätzlich unrichtig übermittelt hat. Voraussetzung seiner Anwendbarkeit ist aber, daß der Erklärende überhaupt einen Auftrag zur Uebermittlung einer rechtsgeschäftlichen Erklärung erteilt hat und daß die Erklärung gerade dem zugeht, für den sie bestimmt ist. Dagegen findet § 120 nicht Anwendung, wenn die schriftliche Erklärung von der Mittelsperson verfälscht oder die übermittelte Erklärung ein Rechtsgeschäft anderer Art betrifft, als der Erklärende aufgegeben hat oder wenn zugleich mit der richtig übermittelten Erklärung eine andere, zu der ein Auftrag nicht erteilt ist, übermittelt wird.

---

## Mitteilungen aus der Praxis.

**Umfang der Verpflichtung des Gläubigers, im Falle des § 903 ZPO. neuerlichen Vermögenserwerb des Schuldners glaubhaft zu machen.** Der in Nr. 13 S. 301 dieser Zeitschrift mitgeteilte Beschluß des Landgerichts München I, welcher die Weigerung des Schuldners, neuerlich den Offenbarungseid zu leisten, schon mit Rücksicht auf den Tatbestand des Vollstreckungstitels zurückweist, verdient umsomehr Beachtung, als vielfach die Amtsgerichte in Anwendung des § 903 ZPO. einen dem Gläubiger ungünstigeren Standpunkt einnehmen. So wenig es bestritten werden soll, daß zum Nachweis des in jener Bestimmung geforderten neuerlichen Vermögenserwerbs des Schuldners es nicht genügt, daß dieser das nur zu seinem Unterhalt Notwendige eingenommen hat, so geht es andererseits zu weit, wenn, wie es öfters geschieht, in jedem Falle, in dem die Eidesleistung des Schuldners innerhalb der letzten fünf Jahre nachgewiesen ist, dem Gläubiger eine besondere Beweisführung mit den Mitteln der Glaubhaftmachung darüber auferlegt wird, daß sein Schuldner der weiteren Vollstreckung offenstehendes Vermögen erlangt hat. Das Erfordernis einer derartigen besonderen Beweisführung ist vielmehr in allen jenen Fällen überflüssig, in welchen schon aus dem Inhalt des Vollstreckungstitels oder Pfändungsprotokolls erhellt, daß der Schuldner seit seiner letzten Eidesleistung eine Erwerbstätigkeit ausgeübt hat, mit welcher regelmäßig das Entstehen von besonderen Vermögenswerten, insbesondere von Außenständen, verbunden ist, wenn er also ein selbständiges geschäftliches Unternehmen inngehabt oder eine selbständige Vermittlungstätigkeit ausgeführt hat u. dgl. § 903 bezweckt nur den Schutz des Schuldners gegen eine unnötige, weil aller Voraussicht nach dem Gläubiger unnütze, neuerliche Eidesleistung; darüber hinaus soll dem Schuldner kein Privileg erwachsen; ein solches aber besitzt der Schuldner in der Tat, wenn das Gericht auch dann dem Gläubiger noch besonderen Nachweis auferlegt, sobald schon die Art der schuldnerischen Erwerbstätigkeit das Vorhandensein pfändbaren Vermögens vermuten läßt. In vielen Fällen wird der Gläubiger, zumal der auswärtige, nicht in der Lage sein, dem Gericht den Nachweis über bestimmte, vom Schuldner erworbene Vermögensobjekte oder Außenstände zu erbringen und ist aus diesem Grunde gerade dem Schuldner gegenüber machtlos, welcher einen solchen Schutz am wenigsten verdient und welcher, auf seine frühere Eidesleistung pochend, nur in den seltensten Fällen bereit ist, in Zukunft Abschlagszahlungen zu leisten, so daß der Gläubiger zu seiner Befriedigung ausschließlich auf die ihm durch den neuerlichen Offenbarungseid etwa bekannt werdenden Außenstände oder anfechtbaren Vermögensschiebungen des Schuldners angewiesen ist. Umsomehr entspricht es daher dem Geiste der in § 903 ZPO. niedergelegten Bestimmung, daß in den erwähnten Fällen schon der Inhalt des Vollstreckungstitels oder Pfändungsprotokolls vom Gerichte als hinreichende Glaubhaftmachung angesehen wird und eine Ueberspannung des Schutzes des Schuldners entfällt, deren Tragweite dadurch gesteigert ist, daß nach mehrfachen neuerlichen Entscheidungen, insbesondere auch bayerischer Gerichte, die frühere Eidesleistung des Schuldners schon von Amts wegen zu berücksichtigen ist.

Rechtsanwalt Dr. Paul Adler in München.

---

**Die Armenpflege in Bayern als Prozeßpartei.** Nach Art. 10 des bayerG., die öffentliche Armen- und Krankenpflege betr., besteht für den Bezirk jeder politischen Gemeinde eine örtliche Armenpflege; deren Geschäfte werden durch den Armenpfleg-

schaftsrat besorgt, der gemäß Art. 27 Abs. I des Gesetzes die Gemeinde in allen Angelegenheiten der öffentlichen Armenpflege vertritt. Die übrigen Angelegenheiten der Gemeinde unterstehen dem Gemeindeausschuß oder dem Magistrat, wie Art. 84, 130 der bayer. GemO. vorschreiben.

Kommt es zum Prozesse, so ist weder die Armenpflege noch die Gemeindeverwaltung Prozeßpartei, sondern nur die Gemeinde als solche. Diese wird aber nicht ausschließlich von der Gemeindeverwaltung vertreten; die Vertretung richtet sich nach der in Frage stehenden Angelegenheit. Bezüglich der die öffentliche Armenpflege betreffenden Angelegenheiten wird die Gemeinde vom Armenpflegschaftsrate vertreten, während bezüglich der übrigen gemeindlichen Angelegenheiten die Vertretung der Gemeinde der Gemeindeverwaltung zusteht.

Fälle, in denen die Armenpflege als Klagspartei auftritt, sind in Art. 5 des ArmenG. gegeben. Ein Streit nach Abs. I des genannten Artikels ist verwaltungsrechtlicher Natur, für einen Streit nach Abs. II des genannten Artikels sind jedoch die Zivilgerichte zuständig. Ebenso ist für Ersatzansprüche der Armenpflege gemäß Art. 7 und 43 des ArmenG. die Zuständigkeit der Zivilgerichte gegeben. Nach Art. 7 a. a. O. kann die Armenpflege aus dem Nachlasse der unterstützten Person vollen Ersatz für die gewährte Unterstützung verlangen. In einer beim Landgerichte anhängig gemachten Klage behauptete der Taglöhner N., daß die Gemeinde das Mobiliar von 2 im Armenhause untergebrachten Personen verkaufen ließ, daß aber die Gemeinde hiezu nicht berechtigt gewesen sei, weil das Mobiliar nicht den Unterstützten, sondern dem Kläger gehört hätte; als Beklagte wurde die politische Gemeinde H., vertreten durch den Gemeindeausschuß, dieser vertreten durch den Bürgermeister, bezeichnet. Die Beklagte bestritt, daß seitens der Gemeindeverwaltung der Verkauf des Mobiliars vorgenommen wurde, es sei vielmehr auf Grund eines Beschlusses des Armenpflegschaftsrates verkauft worden. Der Kläger erkannte dies an, meinte aber, daß für den Schaden die Gemeinde hafte, da der Armenpflegschaftsrat ein Organ der Gemeinde sei und für dessen Beschlüsse und Handlungen die Gemeinde aufzukommen habe. Das Landgericht hielt die Einrede der mangelnden Passivlegitimation für begründet und wies die Klage ab, im wesentlichen aus folgenden Gründen:

Ersatzleistungen für gewährte Armenunterstützung fließen in die vom Armenpflegschaftsrate selbständig verwaltete Armenkasse, der Armenpflegschaftsrat handelt als gesetzlicher Vertreter der Armenpflege der Gemeinde. Die Armenpflege ist selbständiges Rechtssubjekt, der Armenpflegschaftsrat hat innerhalb seines Geschäftskreises die Natur einer selbständigen, der Gemeindeverwaltung nicht untergeordneten, sondern gleichgeordneten kollegial organisierten Behörde. Für die Selbständigkeit der Armenpflege spricht auch die Bestimmung in Art. 9 Abs. II des ArmenG., wonach in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten den Armenpflegen in dem Verfahren vor den bayerischen Gerichten Gebührenfreiheit zusteht, während den Gemeinden dieser Vorteil nicht zugebilligt ist.

Der abgewiesene Kläger stellte beim Oberlandesgericht München das Gesuch um Bewilligung des Armenrechts für die II. Instanz, das Armenrecht wurde jedoch wegen Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung verweigert.

Landgerichtsrat **Ungewitter** in Straubing.

---

**Kann der erlassene Strafbefehl vom Richter zurückgenommen werden?** Nachdem auf den Antrag des Amtsanwalts der Strafbefehl erlassen und ausgefertigt, aber noch nicht zugestellt war, ergaben sich Zweifel an der Zurechnungsfähigkeit des Beschuldigten, die seine Verurteilung ohne Hauptverhandlung bedenklich erscheinen ließen. Die hierauf erfolgte Zurücknahme des Strafbefehls durch Erklärung gegenüber dem Amtsanwalte war aus folgenden Gründen zulässig: Solange der Strafbefehl der davon betroffenen Person (§ 35 StPO.) nicht zugestellt ist, ist er nach außen noch nicht zum Leben gelangt, vielmehr eine inneramtliche Verfügung, deren rechtliche Bedeutung sich in der Regel in der Unterbrechung der Verjährung erschöpft. Entscheidungen aber, die dem Betroffenen noch nicht bekannt gemacht sind, können vom Gericht jederzeit ohne Angabe von Gründen zurückgenommen werden (vgl. Oberst. LG. Entsch. i. St.-S. Bd. I S. 216). Der Amtsanwalt kann durch seinen Widerspruch die Zurücknahme des Strafbefehls nicht hindern. Erst nach der Zustellung ist der Richter an den Strafbefehl gebunden. Seine Zurücknahme kann nur auf den Einspruch des Berechtigten durch Fallenlassen der Klage oder durch ein freisprechendes Urteil erfolgen (§ 451 Abs. 1 StPO.). Eine Zurücknahme oder Abänderung des zugestellten Strafbefehls von Amtswegen ist ausgeschlossen, selbst wenn der Richter nachträglich findet, daß die Tat unter kein Strafgesetz fällt, daß ein Schuldausschließungsgrund gegeben ist und dergleichen. Denn der Strafbefehl ist eine der Rechtskraft fähige Entscheidung, ein allgemeiner Grundsatz der StPO. ist es aber, daß solche Entscheidungen — ihr rechtliches Dasein nach außen vorausgesetzt — mangels des zulässigen Rechtsmittels im engeren oder weiteren Sinne nicht abgeändert werden können (vgl. Löwe-Hellweg Note 5a zu § 348 StPO.).

Amtsrichter **Bleyer** in München.

---

**Unterliegt eine von einem unbekannten Schützen geschossene, vom Jagdpächter in Besitz genommene Rehgais der Einziehung gemäß Art. 125 Abs. 3 des Pol. StGB.?** Die Frage wird in der Rechtsprechung und in der Literatur verschieden beantwortet. Nach § 4 der Allerh. VO. v. 5. Oktober 1863, polizeiliche Vorschriften über Ausübung und Behandlung der Jagden betr., ist das Schießen und Fangen von Rehgaisen zu keiner Zeit gestattet. Nach Art. 125 Abs. 3 Pol. StGB. unterliegt unbeschadet der verwirkten Strafe Wild, welches mit Uebertretung der die Hege oder Hegezeit betreffenden Bestimmungen erlegt wird, der Einziehung. In einem Erkenntnis des Obersten Gerichtshofes vom 4. Januar 1878 (Samml. Bd. 8 S. 1, Stengleins Zeitschr. Bd. 18 Beibl. S. 73) ist ausgesprochen, daß die aus Art. 229 d. Pol. StGB. von 1861 herübergenommene Bestimmung in Art. 125 Abs. 3 d. Pol. StGB. lediglich den Charakter einer Straffolge habe. An diesem Charakter habe sich auch durch den dem § 42 d. RStGB. nachgebildeten, in das Pol. StGB. von 1871 neu eingefügten Art. 18, wonach die Einziehung im Falle der Unausführbarkeit der Verfolgung oder Verurteilung einer bestimmten Person auch als selbständige Maßnahme verfügt

werden könne, nichts geändert. Es dürfe sohin auch nur auf die im Art. 125 Abs. 3 angeordnete Einziehung von Wild erkannt werden, wenn sie sich als ein den Urheber eines strafbaren und zwar nach dem Inhalte des Art. 125 polizeilich strafbaren Verschuldens treffender, nicht aber, wenn sie sich als ein nur dritte, schuldlose Personen treffender und deren Rechte verletzender Nachteil darstelle. Dieser Rechtsanschauung schloß sich das Reichsgericht in einem Urteile vom 22. Juni 1882 (Rechtspr. Bd. 4 S. 600) an. Auch die gesamte Literatur steht auf diesem Standpunkte. So Riedel-Sutner, Pol.StGB. 6. Aufl. S. 361 und im Anschluß hieran Seydel, Bayr. Staatsrecht Bd. 3 S. 378 Note 61 (1. Aufl. Bd. 5 S. 629 Note 2), ferner Reger, Pol. StGB. 2. Aufl. S. 250, Pollwein, Jagdg. 4. Aufl. S. 99 Anm.**, Wirschinger, Jagd. S. 216, BayGemZtg. Bd. 1 S. 555, Bd. 2 S. 261. Die entgegengesetzte Ansicht vertritt das Urteil des Oberlandesgerichts München vom 12. Juni 1883 (Samml. Bd. 2 S. 372), in welchem ausgeführt wird, daß die Einziehung gemäß Art. 125 Abs. 3 nicht die Natur einer Straffolge oder Nebenstrafe habe, da sie nicht zu einer erkannten Strafe hinzutrete, sondern ihrem Wesen nach nichts anderes sei als eine zur Verwirklichung der die Hege und Hegezeit betreffenden Bestimmungen getroffene, die Sicherung ihrer Beachtung bezielende polizeiliche Maßregel, zu deren Anwendung die Feststellung einer objektiv strafbaren Handlung genüge. Dieselbe Anschauung ist vertreten in einem in der BayGemZtg. Bd. 4 S. 555 abgedruckten landgerichtlichen Urteile, sowie ferner in der BayGemZtg. Bd. 1 S. 635, Bd. 5 S. 565, Bd. 6 S. 216. In einem späteren Urteile vom 17. Mai 1894 (Samml. Bd. 8 S. 59) hält das Oberlandesgericht München zwar daran fest, daß die Einziehung keine Straffolge, sondern eine polizeiliche Maßregel sei, schränkt jedoch sein früheres Urteil dahin ein, daß die Einziehung doch nicht in die Rechte einer am Verschulden unbeteiligten Person eingreifen und ihr einen Nachteil zufügen dürfe; es könne vielmehr nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Einziehung von Wild nur dann stattfinden, wenn der durch diese Maßnahme erzielte Nachteil den Urheber des strafbaren Verschuldens treffe. Das Landgericht Aschaffenburg hatte Veranlassung, in einem nunmehr rechtskräftigen Urteile zu dieser Frage Stellung zu nehmen. Gelegentlich einer von dem Jagdpächter L. in seinem Jagdgebiete abgehaltenen Treibjagd fand ein Treiber hart an der Grenze, wo die Jagd des L. mit zwei anderen Jagdgebieten zusammenstieß, eine frisch geschossene Rehgais. Wer diese geschossen hatte, konnte nicht ermittelt werden, da gleichzeitig auch auf den beiden anderen Jagdgebieten Treibjagden abgehalten wurden. Der Jagdpächter lieferte die Rehgais dem Bürgermeister ab. In der von diesem vorgenommenen öffentlichen Versteigerung wurde ein Erlös von 15 Mark erzielt, auf welchen L. Anspruch erhob. In dem inzwischen gemäß Art. 18 Pol. StGB. eingeleiteten objektiven Verfahren sprach das Schöffengericht Urteil dahin, daß die (inzwischen versteigerte) Rehgais der Einziehung unterliege. Das Schöffengericht schloß sich hiebei dem Urteile des Oberlandesgerichts München vom 12. Juni 1883 an. Gegen dieses Urteil legte L. gemäß § 479 StPO. Berufung zum Landgerichte ein. L. war in beiden Instanzen durch einen Rechtsanwalt vertreten. Das Landgericht hob das schöffengerichtliche Urteil auf und wies den Antrag auf Einziehung der Rehgais oder des aus der Versteigerung erzielten Erlöses zurück, indem es sich hiebei der vom obersten Gerichtshof und von der Literatur vertretenen herrschenden Ansicht anschloß. Das Gericht führte weiterhin unter Bezugnahme auf die Erörterungen in Staudinger-Kober, Komm. z. BGB. 2. Aufl. Bd. III S. 220 Anm. II 1 zu § 958, aus, daß L. trotz der Bestimmung in § 958 Abs. 2 BGB. Eigentümer der Rehgais geworden sei, da § 4 der Allerh. VO. v. 5. Oktober 1863 nicht eine zivilrechtliche Bestimmung treffen, nicht die Aneignung von Rehgaisen, sondern nur deren Schießen und Fangen habe verbieten wollen, und keine Bestimmung darüber getroffen habe, wem das verbotswidrig geschossene Tier gehören solle. Die Kosten des Verfahrens erster und zweiter Instanz wurden der Staatskasse überbürdet, jedoch mit Ausnahme der auf die Vertretung des L. erwachsenen Kosten. Den dahinzielenden Antrag wies das Gericht mit der Begründung zurück, daß nach einer Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 22 S. 351 auf Einziehungsinteressenten die Bestimmung des § 499 Abs. 2 StPO. keine Anwendung finde. **Dr. K.**

---

# Aus der Praxis der Gerichte.

## Reichsgericht.

### A. Zivilsachen.

#### I.

**Rechtliche Natur des sog. Lizenzvertrages.** Der Kläger, Inhaber eines Patentes für Verbindungsstücke an Schulbänken hat der Beklagten, einer Schulbankfabrik, für einen Bezirk die Lizenz für seine Erfindung erteilt, diese hat sich verpflichtet, in jedem Jahre von der Ausstellung der Patenturkunde an — 14. September 1900 — mindestens 500 Verbindungsstücke zu beziehen. Der Kläger schickte anfangs September 1903 der Beklagten 500 Verbindungsstücke und klagte, als Zahlung nicht erfolgte, den Preis für die Lieferung des 3. Jahres (14. Sept. 1902 bis dahin 1903) ein. Die nach dem Klagantrage verurteilte Beklagte machte in der Berufungsinstanz geltend, ein Dritter, der ein älteres Patent auf Einrichtung von Schulbänken habe, habe ihr am 21. März 1904 ein Verbot der Verwendung der dem Kläger patentierten Beschläge zugehen lassen und gegen sie Klage auf Untersagung der Herstellung und des Verkaufs von Schulbänken nach dem Muster des Klägers erhoben. Das Berufungsgericht schenkte diesem Einwande kein Gehör; die Revision wurde zurückgewiesen vom II. Senat am 4. Juli 1905.

Aus den Gründen: Die einzige Rüge der Revision geht dahin, das OLG. habe zu Unrecht eine Pflicht zur Zahlung der Beschläge angenommen, obwohl Beklagte wegen des ihr zugegangenen Verbots zu deren Verbrauche nicht in der Lage sei. Diese Rüge ist ungerechtfertigt. Nach dem Lizenzvertrage hätte die Beklagte die Beschläge bereits in dem Jahre Sept. 1902 bis Sept. 1903 beziehen und verbrauchen müssen. Die Einwendung der Beklagten ging nicht dahin, daß ihr infolge des Verbots die Verwendung der Beschläge vom Sept. 1902 bis Sept. 1903 unmöglich gewesen sei, sondern dahin, daß ihr die Verwendung nach jenem Verbote nicht zugemutet werden könne, weil sie sonst ersatzpflichtig werden könne. Sie hat auch nicht geltend gemacht, daß die gegen sie erhobene Klage bereits den Erfolg gehabt habe, daß ihr die Verwendung untersagt worden sei. Wäre dies auch der Fall, so könnte es an der Entscheidung doch nichts ändern. Denn gegen den Vorteil einer ihr eingeräumten Lizenz übernahm die Beklagte die Verpflich-

tung, für jedes Jahr 500 Beschläge zu beziehen und zu verbrauchen. Der Berufungsrichter legt die Auffassung zugrunde, daß Kläger durch die Erlaubnis zur Benutzung der Erfindung und die Lieferung der Beschläge sowie mangels einer Störung in der Benutzung des Patents in dem fraglichen Jahre seine Verpflichtung aus dem Vertrage vollständig erfüllt habe, während die Beklagte ihre Pflicht nicht erfüllt habe, obwohl sie dazu imstande gewesen sei. Diese Auffassung würdigt zutreffend den Charakter des sog. Lizenzvertrages, für welchen andere Grundsätze gelten müssen als für den Fall, daß das Patentrecht selbst verkauft ist. Gegenstand des Vertrages ist hier nicht das Recht, sondern seine Nutzung. Durch den Lizenzvertrag gestattet der Patentinhaber dem Lizenzträger die Ausbeute der Erfindung. Er macht ihm gegenüber von seinem Verbietungsrechte keinen Gebrauch. Aber er überträgt ihm sein Patentrecht nicht, auch nicht teilweise. Wird in einem solchen Falle das Patent nachträglich für nichtig erklärt, so hat der Patentinhaber, wenigstens für die Zeit, in welcher er tatsächlich dem Lizenzträger den Genuß des Patentschutzes gewähren konnte und den Vertrag erfüllt hat, auf das entsprechende Entgelt Anspruch (vgl. Entsch. Bd. 17 S. 53). Die Nichtigkeitserklärung des Patents hat zwar rückwirkende Kraft; allein soweit kann die Fiktion der Rückwirkung nicht ausgedehnt werden, daß sie selbst die Tatsache zerstört, daß der Schutz (wenn auch kein gesetzlich begründeter) bestanden hat. Die von Staub (Patentblatt 1888 S. 55) und **Kohler** (Jur.Litt.Bl. IX S. 131) vertretene Ansicht, daß es, weil die Nichtigkeitserklärung zurückwirkt, an einem Vertragsgegenstande gefehlt habe, ist nicht zutreffend, weil das verliehene Patent den unmittelbaren Vertragsgegenstand bildet. Vgl. auch Entsch. Bd. 20 S. 128, Düringer u. Hachenburg HGB. Bd. III S. 43.

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Lunglmayr in Zweibrücken.

## II.

**Zu §§ 286, 326, 434, 440 BGB.** Wenn der Käufer dadurch, daß der Verkäufer vertragswidrig die sofortige Beseitigung eines Pachtrechts unterließ, am Bauen gehindert wurde, kann er, statt den Weg des § 326 BGB. zu beschreiten, Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen.

Aus den Gründen: Nach § 434 BGB. waren die Beklagten verpflichtet, das Grundstück frei vom Pachtrechte zu verschaffen, falls der Kläger den Mangel beim Abschlusse des Kaufes nicht kannte. Gerieten sie damit in Verzug, so konnte der Kläger auf Grund des § 440 nach § 326 verfahren, wenn er Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten wollte. Das hat er nicht getan, sondern er verlangt Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung. Dieses Verlangen ist nach § 286 Abs. 1 BGB. an sich gerechtfertigt. Es fragt sich, ob die Beklagten im Verzuge waren. Dem Gesetze genügten sie, wenn sie den Widerspruch des Pächters bis zur Uebergabe des Grundstücks und Eintragung des Eigentumswechsels beseitigten. Aber der Kläger behauptet, daß die Beklagten infolge der Vertragsbestimmung, daß dem Kläger sofortiges Bauen gestattet sei, sofort nach Abschluß des Vertrags den Mangel hätten beseitigen müssen. Der Berufungsrichter legt diese Bestimmung als Zusicherung des Nichtbestehens von Rechten Dritter aus, die der sofortigen Bebaubarkeit hätten entgegenstehen können. Diese Auslegung verstößt weder gegen die Logik noch gegen das Gesetz. (Urt. des V. Z.-S. vom 9. Juni 1905).

———r.

## B. Strafsachen.

### I.

**Zum Begriffe der Zueignung.** (§ 242 StGB.)

Aus den Gründen: Wie die Feststellungen entnehmen lassen, haben die Angeklagten, während sie als Heizergehilfen (in einem Gefängnisse) beschäftigt waren, die Seife (aus den Gefängnisvorräten) weggenommen, um sich anläßlich ihrer dienstlichen Tätigkeit zu waschen. Sie brauchten die hierzu nötige Seife nicht aus eigenen Mitteln anzuschaffen, sondern konnten ihren Bedarf bei dem Gefängnisverwalter „fassen". Der Erstrichter meint, daß die Angeklagten „anscheinend aus Bequemlichkeit und vielleicht auch, um reichlicher Seife verwenden zu können", die Seife entwendet hätten, und erblickt in der Wegnahme der Seife eine Zueignung. Der Begriff der Zueignung erfordert in subjektiver Beziehung, daß der Täter die Sache in der Absicht wegnimmt, sie in sein Vermögen zu bringen, sie unmittelbar oder mittelbar seinen eigenen Interessen dienstbar zu machen (Rechtspr. d. RG. Bd. IV S. 537, Entsch. des erk. Senats v. 12. Juli 1902 Nr. 2572/02). Haben die Angeklagten die Seife nur weggenommen, um sie im Dienste zu verwenden, wie wenn sie sie „gefaßt" gehabt hätten, so hat es sich dabei zwar um eine Verwendung der Seife auf die Person der Angeklagten gehandelt, in Wahrheit aber nicht um deren Interessen, sondern, da sie berechtigt waren, anläßlich ihres Dienstes Seife nach Bedarf zu verwenden, um Zwecke des Dienstherrn, ähnlich, wie wenn die Seife zur Reinigung von Diensträumen oder Dienstgeräten gedient hätte. Das eigene Interesse der Bediensteten ist im Interesse des Dienstherrn aufgegangen und es haben die Angeklagten, wenn sie die Seife zu dessen Zwecken genommen haben, sich selbst die Seife nicht zugeeignet. Der Tatbestand des Diebstahls (§ 242 StGB.) ist nicht gegeben. (Urt. des I. StS. v. 22. Juni 1905.)

B.

### II.

**Begeht der Mäkler, welcher nach Abschluß eines Mäklervertrags mit dem Verkäufer eines Anwesens auch mit dem Kaufliebhaber einen Mäklervertrag abschließt, unter Umständen einen Betrug?** (§ 263 StGB., § 654 BGB.)

Aus den Gründen: Die Strafkammer gelangt zur Freisprechung des Angeklagten von der Anschuldigung eines Betrugs, indem sie das Begriffsmerkmal der Vermögensbeschädigung für nicht vorliegend ansieht, wenn, wie hier, der Käufer eines Anwesens zwar infolge betrügerischer Vorspiegelungen des Mäklers zum Abschlusse eines Mäklervertrags mit ihm veranlaßt worden, auch der gezahlte Mäklerlohn für den Mäkler an sich ein rechtswidriger Vermögensvorteil ist, der Kaufpreis des Anwesens jedoch, das der Käufer zufolge des Vertrags erwirbt, unter Hinzurechnung des gezahlten Mäklerlohns dessen wahren Wert nicht übersteigt. Diese Auffassung von dem Wesen der Vermögensbeschädigung im Sinne des § 263 StGB. und ihre Bemessung kann nicht gebilligt werden. Hat, wie hier, der Verkäufer dem Mäkler bereits eine ungewöhnlich hohe Provision versprochen und ihn damit in einer Weise für sein Interesse verpflichtet, daß er dasjenige der anderen Seite zu vertreten nicht mehr imstande war, der Mäkler aber veranlaßt gleichwohl unter Verschweigung dieses Umstands und unter betrügerischen Vorspiegelungen einen Kaufliebhaber, mit ihm einen Mäklervertrag zu schließen, so ist zu prüfen, ob nicht schon hierin eine Tätigkeit gelegen ist, durch die er — außer in dem eigenen — im Interesse des Verkäufers tätig geworden ist. Trifft dies zu, so hat er gemäß § 654 BGB. keinen Anspruch auf Mäklerlohn an den Käufer, wenn der Kauf zustande kommt. Hat sich der Kaufliebhaber, wie hier, zur Zahlung einer Provision verpflichtet, so wäre diese allerdings an sich erst fällig geworden, wenn infolge der Vermittelung des Mäklers der Kauf zustande gekommen ist. Trotz solcher Vermittelung ist aber nach § 654 der Anspruch auf Mäklerlohn ausgeschlossen, wenn der Mäkler dem

Inhalt des Vertrags zuwider auch für den anderen Teil tätig gewesen ist. Der Kaufliebhaber hat also durch den Abschluß des Mäklervertrags sein Vermögen mit einer Verbindlichkeit belastet, für welche er nach gesetzlicher Vorschrift nicht aufzukommen hatte. Mit Eingehung des Mäklervertrags ist diese in der Belastung mit einer Schuld gelegene Beschädigung eingetreten, und wenn letztere einen Ausgleich später in einem vorteilhaften Kaufabschlusse fand, so kann die vormals eingetretene Beschädigung hierdurch nicht rückwirkend ungeschehen gemacht werden. Aus gleichem Grunde wäre es auch zum subjektiven Tatbestand des Betrugs bedeutungslos, wenn der Angeklagte beim Abschluß des Mäklervertrags mit dem Kaufliebhaber die Absicht gehabt haben sollte, die diesem hierbei zugefügte Schädigung bei dem Zustandebringen des Kaufes wieder wett zu machen (Entsch. 3, 142, 144). (Urt. des I. St.=S. vom 22. Juni 1905.) B.

## Oberstes Landesgericht.

### A. Zivilsachen.

**Kann eine vor der Einführung des Grundbuchrechts errichtete notarielle Urkunde über Bestellung einer Hypothek nach der Einführung vollzogen werden, wenn sie keine Angabe darüber enthält, ob eine Briefhypothek oder Buchhypothek bestellt werden soll?** Mit notariellem Vertrage vom 29. April 1905 verkaufte der Holzhändler M. B. ein Grundstück in St. an den Privatier L. B. In der Urkunde ist bestimmt, daß für den Kaufpreisrest „Hypothek einzuschreiben“ sei. Die Urkunde wurde mit Eintragungsantrag am 8. Mai 1905 dem Grundbuchamte des Amtsgerichts St. eingereicht, in dessen Bezirk seit 1. Mai 1905 das Grundbuch als angelegt anzusehen ist. Dieses gab die Urkunde zurück mit der Aufforderung, sie durch eine Erklärung über die Art der Hypothek zu ergänzen. Als sie ohne diese Erklärung wieder vorgelegt wurde, bestimmte das Grundbuchamt den Antragstellern eine Frist zur Angabe der Art der einzutragenden Hypothek und drohte für den Fall fruchtlosen Ablaufs Zurückweisung an. M. B. und L. B. legten Beschwerde ein und machten geltend, sie hätten, weil beim Kaufschlusse das Grundbuch noch nicht angelegt war, nur eine Hypothek nach dem damals geltenden älteren Recht im Auge haben können. Das Landgericht St. hat die Beschwerde zurückgewiesen. Es führte aus, eine Hypothek nach früherem Rechte sei mangels der Eintragung nicht entstanden; seit Anlegung des Grundbuchs könne sie nur noch nach den Bestimmungen des BGB. und der GBO. entstehen, nach denen, weil die Erteilung des Briefes nicht ausgeschlossen wurde, die Hypothek als Briefhypothek gelten würde. Da nun die Beteiligten, wie sie in der Beschwerdeschrift erklärt hätten, eine Buchhypothek wollten, müßten sie nach § 1116 BGB. die Ausschließung des Briefs erklären; eine für den Willen der Ausschließung sprechende Vermutung sei ungenügend. Die weitere Beschwerde wurde verworfen.

Gründe: Da nach § 21 HypG. die Hypothek durch Eintragung erworben wird, ist das in der Urkunde vom 29. April 1905 vereinbarte Pfandrecht nicht entstanden, und kann, da jetzt das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, nur als Hypothek nach dem BGB. entstehen. Nach § 1116 BGB. wird über die Hypothek ein Brief erteilt, wenn sich die Beteiligten nicht über dessen Ausschließung einigen. Hier haben sie sich darauf beschränkt, in der Urkunde die Eintragung der Hypothek zu vereinbaren, und eine Ausschließung des Briefs nicht erwähnt. An die Erteilung eines Briefs, der dem früheren Rechte fremd war, haben sie nicht gedacht, vielmehr angenommen, daß die Belastung nach den Vorschriften des älteren Rechts als Hypothek ohne Brief begründet werde. Allein diese Vorschriften sind dadurch, daß die Beteiligten sie als Ergänzung ihrer Willenserklärung ansehen und durch sie den gewollten rechtlichen Erfolg zu erreichen hofften, nicht rechtsgeschäftliche Bestimmungen, Bestandteile des Vertrags, geworden. An ihre Stelle sind als ergänzendes Recht nunmehr die Vorschriften des BGB. getreten, welche die Ausschließung des Briefs von besonderer Einigung abhängig machen. Eine solche ist nicht in einer der Formen des § 29 GBO. erklärt. Die Hypothek wäre daher als Briefhypothek einzutragen, wenn nicht die Beteiligten in der Beschwerde ihre Eintragung als Buchhypothek ausdrücklich beantragt hätten. Der beantragten Eintragung steht aber der Mangel eines Nachweises der Eintragungsbewilligung entgegen (§ 29 GBO.). (Beschl. des Ferien=Senats v. 26. August 1905).[1] — — — — n.

### B. Strafsachen.

**Gewährt das bayer. Berggesetz den gemeinnützigen Heilquellen einen Schutz gegen Tiefbohrungen auf Wasser? Vorschlag einer Erweiterung des Schutzes öffentlich benützter Heilquellen in Art. 20 des Entwurfes eines Wassergesetzes. Rechtskontrolle des Strafrichters in bezug auf Polizeiverordnungen und Polizeiverfügungen.** Der Grundbesitzer B. K. ließ am 9. Dezember 1903 auf einer ihm gehörigen Wiese in der Nähe der ärarialischen Wernarzer Heilquelle zu Br. mit einer Tiefbohrung unter Anwendung eines Bohrapparates beginnen. Vom Bezirksamt Br. wurde ihm am 24. Dez. 1903 unter Berufung auf ein am 24. August 1875 von dem Bezirksbergamt erlassenes Schürfverbot und Androhung der Strafeinschreitung nach dem Berggesetze vom 20. März 1869 / 30. Juni 1900 in der Fassung der Bek. v. 20. Juli 1900 die Fortsetzung der Schürfarbeiten untersagt. Auf seine Beschwerde hat die Regierung von U. mit Entschließung vom 22. Februar 1904 die bezirksamtliche Verfügung als gesetzlich nicht begründet außer Wirksamkeit gesetzt. Die Entschließung geht davon aus, daß die Behauptung des K., er wolle Süßwasser erbohren, um den beabsichtigten Neubau eines Wohnhauses mit Trink= und Nutzwasser versorgen zu können, nicht widerlegt sei. Wenn er aber auch auf Mineralquellen bohren würde, so würde das bezirksamtliche Verbot nur für den Fall berechtigt sein, daß die Anlage des Bohrloches Soolquellen zum Gegenstand habe. Denn da Art. 1 des Bergges. nur die Soolquellen, nicht auch andere Mineralquellen unter den verleihbaren Mineralien aufführe, könne ein nach Art. 4 Abs. 2 des Bergges. ä. F. erlassenes Schürfverbot nur auf die Soolquellen, keineswegs auf alle anderen Mineralquellen bezogen werden. Daß K. Soolquellen aufsuche, die in Br. ohnehin nicht vorhanden seien, werde nicht behauptet. Die Untersagung des Bohrens oder Grabens nach Wasser lasse sich gesetzlich nicht rechtfertigen. Inzwischen hatte die Berginspektion B. von dem Einstoßen des nur 130 m von der Wernarzer Heilquelle entfernten, bis auf 21 m niedergetriebenen Bohrloches Kenntnis erhalten und am 8. Februar 1904 auf Grund der Annahme, der Betrieb dieser Tiefbohrung unterstehe nach dem Berggesetze der polizeilichen Aufsicht der Bergbehörden, angeordnet, daß die Wiederaufnahme der von K. wegen Ungunst der Witterung ausgesetzten Bohrarbeit unter Vorlage eines Betriebsplanes und Namhaftmachung einer verantwortlichen Aufsichtsperson rechtzeitig anzumelden sei. Hiegegen legte K. Beschwerde ein. Vom Ober=

[1] Anmerkung des Bearbeiters. Der Beschluß ist von besonderer Wichtigkeit für die Bezirke, in denen die Grundbuchanlegung noch nicht vollendet ist. Die Notare werden bei Aufnahme von Urkunden, in Ansehung deren sich der Vollzug möglicherweise erst nach Einführung des Grundbuchrechts ermöglichen läßt, zur Vermeidung von Weiterungen darauf bedacht sein müssen, daß eine Erklärung darüber abgegeben wird, ob die Hypothek im Falle der Eintragung nach Einführung des Grundbuchrechts als Buchhypothek oder Briefhypothek eingetragen werden soll.

bergamt wurde diese am 14. April 1904 zurückgewiesen und unter Hinweis auf Art. 230 Abs. 3, 234 Abs. 2 des Berggeſ. verfügt, daß der von K. am 24. März 1904 wieder aufgenommene Betrieb der Tiefbohrung sofort eingestellt werde. Der Beschluß des Oberbergamts stützt sich auf folgende Erwägungen. Als unterirdischer und deshalb nach Art. 230 Abs. 2 des Berggeſ. der bergpolizeilichen Aufsicht unterstellter Bau müsse jede Art des Eindringens in die Tiefe aufgefaßt werden ohne Unterschied, ob es durch Schachtsinken und Angriff des Gesteins vom Schachtorte aus oder durch mechanische Vorrichtungen vom Tage aus bewirkt werde. Zu den Obliegenheiten der Bergpolizei gehöre aber der Schutz gegen gemeinschädliche Einwirkungen des Bergbaues, somit auch die Sicherung gemeinnütziger Heilquellen gegen Beeinträchtigung oder Zerstörung durch eine Tiefbohrung. Die weitere Beschwerde des K. wurde vom St.M. des Innern am 1. Mai 1904 mit der Begründung abgewiesen, daß Art. 230 des Berggeſ. auf die von ihm vorgenommene Tiefbohrung nach Wasser Anwendung finde. Ein am 23. April 1904 durch die Berginspektion B. eingenommener Augenschein hatte ergeben, daß K. auf seiner Wiese in der angegebenen Entfernung von der Wernarzer Quelle die Bohrungen hatte fortsetzen lassen. Entsprechend dem Antrage des Amtsanwalts setzte das Amtsgericht Br. mit Strafbefehl vom 21. Mai 1904 gegen K. wegen Uebertretung bergpolizeilicher Vorschriften nach Art. 230 Abs. 3, 234 Abs. 3, 239, 241 Ziff. 1 des Berggeſ. eine Geldstrafe von fünf Mark fest. Auf Einspruch wurde K. vom Schöffengericht am 1. Juli 1904 einer Uebertretung der Art. 230, 234 Abs. 3 des Berggeſ. schuldig erkannt und zu der im Strafbefehle festgesetzten Strafe verurteilt. Auf seine Berufung ist er jedoch vom Landgericht W. am 29. Oktober 1904 freigesprochen worden. Gegen dieses Urteil legte der Staatsanwalt die Revision ein, indem er die Art. 230 und 81 des Berggeſ. als verletzt bezeichnete. Der Strafsenat des Obersten Landesgerichtes hat am 11. April 1905 die Revision als unbegründet verworfen. Die Gründe des Revisionsurteils decken sich im wesentlichen mit nachstehenden Erörterungen. Nach Art. 1 des Berggeſ. vom $\frac{\text{20. März 1869}}{\text{30. Juni 1900}}$ in der Fassung der Bek. v. 20. Juli 1900 erstreckt sich das Eigentum an Grund und Boden nicht auf die in diesem Artikel genannten Mineralien mit Einschluß der Soolquellen; ihre Aufsuchung und Gewinnung ist vielmehr unter Einhaltung der Vorschriften des Berggesetzes jedem gestattet. Gemäß Art. 5 Abs. 2 ist jedoch das Schürfen unstatthaft, wenn nach der Entscheidung des Oberbergamtes überwiegende Gründe des öffentlichen Interesses entgegenstehen. Als einen solchen Grund führen die Motive (Verhdl. d. K. d. Abg. 1866/68 Beil. Bd. IV S. 39) den Schutz gemeinnütziger Mineralquellen an. Im verliehenen Felde (vgl. Art. 23 ff.) darf nach Art. 68 der Betrieb des Bergwerkes nur auf Grund eines Betriebsplanes geführt werden, der vor der Ausführung der Berginspektion zur Prüfung vorgelegt werden muß. Bei dieser sind die im Art. 230 Abs. 3 festgestellten polizeilichen Gesichtspunkte zu berücksichtigen, zu welchen auch der Schutz gegen gemeingefährliche Einwirkungen des Bergbaus gehört. Der Grundsatz, daß eine Gefährdung gemeinnütziger Mineralquellen unter den Begriff der gemeinschädlichen Einwirkung falle, ist allgemein anerkannt (s. Rauck, Handausgabe des Berggeſ. Art. 5 Nr. 2, Art. 68 Nr. 2). Der Bergbau steht unter der polizeilichen Aufsicht der Bergbehörden (Art. 230 Abs. 1). Inbegriffen sind hierbei die unterirdischen Baue auf andere als die in Art. 1 bezeichneten Mineralien, einschließlich der unterirdischen Steinbrüche und Gräbereien (Art. 230 Abs. 2). Zur Beseitigung von Zweifeln wurde überdies durch Art. I Ziff. 26 des Geſ. vom 30. Juni 1900, Aenderung einiger Bestimmungen des Berggeſ. betr., in dem 3. Abschn. des 3. Titels „von dem Betriebe und der Verwaltung“ die Bestimmung eingeschaltet — Art. 81 des Berggeſ. —, wonach auch die auf nicht verleihbare Mineralien gerichteten unterirdischen Baue, einschließlich der unterirdischen Steinbrüche und Gräbereien, den Vorschriften über Betriebsanzeigen und Betriebsleitung (Art. 67 bis 80) unterworfen sein sollen (vgl. die Motive zu Art. 81 Verh. d. K. d. Abg. 1899/1900 Beil. Bd. I S. 329). Die bergpolizeiliche Aufsicht bezweckt nach Art. 230 Abs. 3 die Verhütung von Gefahren für Personen und Eigentum beim Bergbau; unter ihren dort erwähnten Gegenständen befindet sich auch der Schutz gegen gemeinschädliche Einwirkungen der, wie bereits bemerkt, den Schutz gemeinnütziger Mineralquellen umfaßt. Nach Art. 234 Abs. 2 kann die Bergpolizeibehörde, wenn auf einem Bergwerke in Beziehung auf die im Art. 230 bezeichneten Gegenstände eine dringende Gefahr eintritt, ohne vorgängige Vernehmung des Bergwerkbesitzers die zur Beseitigung erforderlichen Anordnungen treffen, insbesondere unter Umständen den Betrieb sofort einstellen. Die Beschwerde hat in den Fällen des Art. 234 Abs. 2 gemäß Art. 239 keine aufschiebende Wirkung. Zuwiderhandlungen gegen die polizeilichen Anordnungen werden nach Art. 234 Abs. 3 an Geld bis zu 300 Mk. gestraft. Der Beschluß des Oberbergamts v. 14. April 1904, der die Einstellung der von B. K. unternommenen Tiefbohrung verfügt, ist eine polizeiliche Anordnung im Sinne von Art. 234 Abs. 2 des Berggeſ. Dieses unterscheidet, wie sein Vorbild das preußische Berggesetz, zwischen Verordnungen bzw. oberpolizeilichen Vorschriften und Polizeiverfügungen. Die Polizeiverordnung (sog. Rechtsverordnung) ist nur formell Verordnung, materiell d. i. ihrem Inhalte nach Gesetz, beruhend auf einer Delegation der Gesetzgebung zur Feststellung der Norm und der Strafdrohung oder nur der ersteren (vgl. Rosin, Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen, 2. Aufl. S. 59 III; v. Brauchitsch, Die preuß. Verwaltungsgesetze, 19. Aufl Bd. I S. 162; Art. 1 Abs. 1 des bayer. Polizeistrafgesetzbuches: „vorbehaltene“ polizeiliche Vorschriften; Edel, Komm. z. PStGB. v. 1861 S. 22, 180). Dagegen ist die Polizeiverfügung (sog. Verwaltungsverordnung) die Ordnung eines im Gesetze vorausgesetzten Tatbestandes in der vom Gesetze vorgesehenen Weise durch die Verwaltungsbehörde als Inhaberin der Polizeigewalt mittelst des Erlasses von Geboten — Anordnung einer Handlung — oder Verboten — Anordnung einer Unterlassung — (s. Art. 1 Abs. 3 des PStGB., v. Riedel-Sutner, Komm. Note 3). Die gemäß Art. 234 Abs. 2 des Berggeſ. erlassenen polizeilichen Anordnungen gehören im Gegensatze zu den in Art. 231 vorbehaltenen allgemeinen bergpolizeilichen Vorschriften (Verordnungen oder oberpolizeilichen Vorschriften) zu den Polizeiverfügungen, sie werden für den betreffenden Fall zur Beseitigung der Gefahr getroffen. In § 209 des preuß. Berggeſ. ist die Bestimmung enthalten, daß den Gerichten die Prüfung der Gültigkeit der von den Bergbehörden erlassenen allgemeinen polizeilichen Vorschriften zusteht (vgl. Klostermann-Fürst, Komm. z. Berggeſ. f. d. preuß. Staaten 5. Aufl. § 209 N. 7). Das bayr. Berggeſ. vom 20. März 1869 hatte in Art. 206 bestimmt, daß die Uebertretungen desselben Polizeiübertretungen seien, und zugleich gemäß dem durch Art. 1 PStGB. vom 10. Nov. 1861 ausgesprochenen Grundsatze verordnet, daß auf die Bergpolizeiübertretungen die allgemeinen Bestimmungen des PStGB. anzuwenden sind (s. die Begr. d. Entw., Verhdl. d. K. d. Abg. 1866/68 Beil. Bd. IV S. 35, Edel, Komm. z. PStGB. von 1861 S. 33 Ziff. 2). Zu den allgemeinen Bestimmungen des PStGB. vom 10. Nov. 1861 gehörte auch die des Art. 44, wodurch dem Polizeirichter die Befugnis eingeräumt wurde, die Gültigkeit der polizeilichen Vorschrift, wegen deren Uebertretung eine Aburteilung stattfinden soll, zu

prüfen. Das Ges. vom 30. Juni 1900 hat die Art. 206—212 des Berggeſ. aufgehoben und durch die Bestimmungen der nunmehrigen Art. 240—252 ersetzt. In diese wurde zwar der Inhalt des früheren Art. 206 nicht mehr aufgenommen; nach den Motiven (Verhdl. d. K. d. Abg. 1899/1900 Beil. Bd. I S. 332) beruht aber diese Maßregel nur darauf, daß die Art. 206—212 teils entbehrlich erschienen, teils mit dem namentlich durch die Einführung des RStGB. geänderten Stande der Gesetzgebung sich nicht mehr im Einklange befanden. Da in der neuen Strafgesetzgebung der Unterschied zwischen Uebertretungen im engeren Sinne und Polizeiübertretungen nicht mehr aufrecht erhalten wurde, hatte die in Art. 206 des Berggeſ. erfolgte Erklärung der Uebertretungen dieses Gesetzes als Polizeiübertretungen ihre Bedeutung verloren und waren nach Art. 4 Abs. 2 d. EG. z. RStGB. v. 26. Dezember 1871, dann Art. 4 Abs. 2 des AG. z. StPO. v. 18. August 1879 die in der Einleitung und dem 1. Teile des RStGB. enthaltenen Vorschriften auch auf die Bergpolizeiübertretungen anwendbar geworden. Letztere haben, obwohl die für sie angedrohte Strafe das Maß übersteigt, das in § 1 Abs. 3 RStGB. für Uebertretungen festgesetzt ist, gemäß Art. 5 Abs. 1 des AG. z. StPO. die Eigenschaft von Uebertretungen behalten. Bezüglich des „Anordnungsrechtes" der Polizeibehörden aber hatte das rev. PStGB. v. 26. Dez. 1871 in seiner 1. Abteilung (Art. 1—15) für sämtliche in Landesgesetzen vorbehaltene polizeiliche Vorschriften gleichmäßige allgemeine Grundsätze aufgestellt (s. die Mot. z. PStGB., Verhdl. d. Gesetzg.Aussch. d. K. d. Abg. 1871 Bd. I Beil. A S. 22). Diese gelten deshalb auch für die bergpolizeilichen Vorschriften. Nach Art. 15 PStGB. steht dem Strafrichter gegenüber polizeilichen Vorschriften die sogenannte Rechtskontrolle zu; er muß von Amts wegen ihre Gültigkeit prüfen, darf jedoch hiebei ihre Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit nicht in Erwägung ziehen. Hinsichtlich des Umfanges dieses Prüfungsrechts steht in Theorie und Praxis (v. Seydel, Bayr. Staatsr. 2. Aufl. Bd. III S. 4 ff., v. Krais, Handb. d. inn. Verw. 4. Aufl. Bd. II S. 8 ff. und die dort ang. ger. Entsch.) fest, daß dem Strafrichter nicht nur die allgemein verbindlichen polizeilichen Vorschriften im Sinne des Art. 1 Abs. 1 PStGB. (Polizeiverordnungen), sondern auch die polizeilichen Anordnungen, Gebote und Verbote in bestimmten Fällen und an einzelne Personen im Sinne des Art. 1 Abs. 3 daselbst (Polizeiverfügungen) unterliegen. Der Grund liegt darin, daß einerseits auch die Polizeiverfügungen auf eine gesetzliche Bestimmung gestützt sein müssen, die für den Eingriff in die individuelle Rechtssphäre die Grundlage zu liefern hat, andererseits der Strafrichter zur Verhängung von Strafen nur nach Maßgabe des Gesetzes ermächtigt ist (§ 1 GVG.; Tit. VIII § 3 d. Verf.Urk.; Seydel a. a. O. Bd. 4 S. 287). In der ihm gestatteten Rechtskontrolle ist begrifflich auch die Befugnis enthalten, die tatsächliche Beschaffenheit des Falles insoweit zu untersuchen, als es zum Zwecke der Fällung eines Urteiles darüber erforderlich ist, ob das Gesetz auf ihn nach seiner tatsächlichen Gestaltung richtig angewendet ist oder nicht. Die gesetzliche Gültigkeit einer Polizeiverfügung ist dadurch bedingt, daß die Regelung des betreffenden Gegenstandes durch eine solche vom Gesetz ausdrücklich gestattet ist und daß die Verfügung nicht mit Gesetzen und Verordnungen in Widerspruch steht, Art. 10 und 15 des PStGB. Das Oberbergamt hat seine Ermächtigung zur Einstellung der Tiefbohrung auf Wasser aus Art. 230 Abs. 2, 234 Abs. 2 des Berggeſ. abgeleitet. Zunächst kann daraus, daß der Vollzug des Berggesetzes den Bergbehörden zusteht (Art. 224), und daß auch die in Art. 230 Abs. 2 bezeichneten unterirdischen Baue ihrer polizeilichen Aufsicht sowie den Vorschriften über Betriebsanzeigen und Betriebsleitung (Art. 67—81) unterliegen, nicht gefolgert werden, daß die auf Grund dieser Gesetzesstellen von den Bergpolizeibehörden erlassenen Polizeiverfügungen ausnahmsweise der Rechtskontrolle durch das Strafgericht entrückt sind; denn diese bezweckt und bewirkt nur die Untersuchung der Gesetzmäßigkeit der Verfügung und im Falle ihrer Verneinung die hierauf sich gründende Verweigerung der Strafverfolgung, ohne im übrigen das durch das Gesetz der Bergpolizeibehörde zugewiesene Verwaltungsgebiet zu betreten. Deshalb konnte der Strafrichter den Beschluß des Oberbergamts vom 14. April 1904 in der Richtung prüfen, ob ein der bergpolizeilichen Aufsicht unterstehender Bergbau vorliegt, bejahenden Falles durfte er aber nicht darüber befinden, ob eine dringende Gefahr, zu deren Beseitigung die Verfügung erlassen worden ist, wirklich bestanden hat und ob die Verfügung zur Beseitigung erforderlich war. Was nun die Frage anlangt, ob hier ein Bergbau vorliegt, welcher nach Art. 230 Abs. 2 der bergpolizeilichen Aufsicht unterstellt ist, so begreift diese Bestimmung hierunter auch die unterirdischen Baue auf andere als die in Art. 1 bezeichneten Mineralien, sowie die unterirdischen Steinbrüche und Gräbereien. Die Bestimmung, die ohne Vorgang im preußischen Berggeſ. (Brassert, Komm. hiezu S. 500, 554) in Anlehnung an die französische Gesetzgebung (Leuthold in der Zeitschr. f. Bergrecht Bd. 21 S. 226 ff.) getroffen wurde, empfahl sich, wie die Motive (Verhdl. d. K. d. Abg. 1866/68 Beil. Bd. 4 S. 76) hervorheben, durch die Erfahrung, daß die Gefährdung der Personen und des Eigentums durch den Bergbau nicht davon abhängt, auf welche Art von Mineralien er getrieben wird, sondern davon, welche Art des Bergbaues stattfindet. Hiernach war die Gefährlichkeit des Betriebes der unterirdischen Baue, und zwar auch hinsichtlich der Gewinnung anderer als der verleihbaren Mineralien, der Beweggrund, die Tätigkeit der Bergpolizeibehörden auf ihre Beaufsichtigung auszudehnen. Der Begriff der in Betracht kommenden „Mineralien" ist im Gesetze nicht definiert. Dieses enthält nicht einmal eine Andeutung darüber, ob ein gewisser Aggregatzustand derselben, etwa der feste, erfordert wird. Doch spricht der Wortlaut des Gesetzes nicht für die Auffassung, daß unter den Mineralien auch die das Innere der Erde durchziehenden Wasseradern verstanden seien. Um zur richtigen Erkenntnis des Begriffes nach dieser Richtung zu gelangen, ist es notwendig, den Stand der bayerischen Wassergesetzgebung zur Zeit der Erlassung des Berggesetzes ins Auge zu fassen. Kreittmayr hatte in den Anm. z. bayer. Landr. Teil II Kap. 1 § 7 Nr. 4 die Mineralien in drei Gattungen (primi, medii et infimi generis) eingeteilt, die Salzquellen der ersten, die Sauer- und Mineralquellen der mittleren Gattung beigezählt. Von einer Eigenschaft des Süßwassers als Minerale ist jedoch im bayr. Landr. keine Rede. Auch bestand nach ihm ein Regale nur an den Salz-, keineswegs an andern Mineralquellen (Anm. a. a. O. Buchst. a, g und k.). Im Anschlusse an das gemeine Recht (vgl. Regelsberger Pand. Bd. 1 § 117) und das bayer. Landr. Teil I Kap. 1 § 5 Nr. 4 und Anm. Buchst. l (Becher, Bayer. LZR. Bd. 1 § 186 Nr. 4) hat das Ges. v. 28. Mai 1852, die Benützung des Wassers betr., weitentfernt das Quellwasser als ein Minerale zu betrachten, dasselbe in den Bereich seiner Ordnung gezogen, indem es die Wasserquelle, die auf dem Grundstücke entspringt, solange sie nicht von ihm abgeflossen ist, als Privateigentum des Grundbesitzers behandelt (Art. 33), auch verschiedene öffentlich-rechtliche Beschränkungen des Eigentumsrechtes an der Quelle normiert (Art. 36, 38). Hinsichtlich der Salzquellen wurde es bei dem landesherrlichen Regale belassen. v. Pözl bemerkt in den 1859 geschriebenen Erläuterungen (1. Aufl. Gesetzg. d. Königr. Bayern Teil I Bd. 2 S. 149), daß hienach die Quelle, ohne Unterschied, von welcher chemischen Beschaffenheit das Wasser

ist, das sie liefert, einen Bestandteil des Grundstücks bilde, daß das nämliche — mit alleiniger Ausnahme der Soolquellen — auch von den Mineralquellen gelte, die auf einem Grundstücke zu Tage treten („Quelleneigentum". Oertmann, bayr. Landesprivatr. § 97 S. 422 ff.). Diesen Stand der Gesetzgebung in bezug auf Wasserquellen fand das Berggeſ. v. 20. März 1869 vor; es griff in ihn, abgesehen von den bereits durch Art. 104 des Wasserbenützungsges. in Aussicht genommenen Bestimmungen über die Erschrotung der Grubenwässer (Art. 148, 149 ä. F., 181, 182 n. F., vgl. auch Art. 150, 152 ä. F., 183, 184 n. F.), nur insoweit ein, als es in Art. 1 die Soolquellen zum Gegenstande des Bergwerkseigentums erklärte. Da das Berggesetz sowohl bei seiner Erlassung als bei seiner Abänderung im übrigen den Inhalt des Wasserbenützungsgesetzes unberührt ließ, ist die Annahme begründet, daß es bezüglich der Wasserquellen sich auf den durch das Wasserbenützungsgesetz vorgezeichneten Standpunkt gestellt hat, wonach es der Wassergesetzgebung anheimfällt, die Verhältnisse der Quellen zu regeln. Hieraus geht hervor, daß das Berggesetz den Begriff der Minerale' nicht auf die Wasserquellen erstreckte. Daß bei Erlassung des Berggesetzes von dieser Anschauung ausgegangen wurde, ist auch aus den Motiven ersichtlich. Diese bemerken zu Art. 1 des Entwurfs, die namentliche Aufzählung der Mineralien gewähre gegenüber jeder anderen allgemeinen Bezeichnung nach Gattungen den Vorteil, daß eine feste und leicht erkennbare Grenze zwischen dem Hoheitsrechte des Staates und den Rechten des Grundeigentümers gezogen werde. Bei der Aufzählung nehme der Entwurf den Standpunkt ein, daß nur Mineralien genannt würden, welche nicht allein nach der bestehenden Berggesetzgebung der Benützung durch den Grundeigentümer entzogen seien, sondern aus volkswirtschaftlicher und bergbaulicher Rücksicht auch ferner entzogen bleiben müßten. Diese Rücksichten träfen nicht bei allen seither den bergrechtlichen Normen unterworfenen Mineralien zu. Deshalb sei deren Kreis nicht erweitert, sondern enger gezogen. Wenn es nötig werden sollte, noch andere im öffentlichen Interesse von dem Eigentumsrechte des Grundbesitzers auszuschließen, so könnte durch die Gesetzgebung nachgeholfen werden. Insoferne jedoch andere Mineralien in bergmännischer Weise gewonnen würden, wären nach Art. 194 des Entwurfs (Art. 230 des Berggeſ.) die bergpolizeilichen Vorschriften namentlich hinsichtlich der Sicherheit der Baue auf sie anzuwenden. Mit dem Fallen des Salzmonopols sei die Freigebung der Salzgewinnung veranlaßt. Die Gewinnung von Steinsalz und Soole freizugeben, sei auch deshalb zweckmäßig, weil durch die Einreihung von Steinsalz und Soole unter die nach Bergrecht verleihbaren Gegenstände der Spekulation Gelegenheit geboten werde, die Gewinnung von Salz zum Gegenstande bergbaulicher Unternehmungen zu machen. Es seien daher das Steinsalz nebst den mit ihm auf der nämlichen Lagerstätte vorkommenden Salzen und die Soolquellen unter die in Art. 1 verzeichneten Mineralien aufgenommen (Verhdl. d. K d. Abg. 1866/69 Bd. 4 S. 36 ff.). Von anderen Quellen als den Soolquellen ist hier nirgends die Rede. Die gewöhnlichen Quellen werden auch nicht „in bergmännischer Weise" gewonnen. Das Berggesetz selbst und dessen Motive geben daher keinen Anhaltspunkt dafür, daß auch solche Quellen zu den in Art. 230 Abs. 2 erwähnten Mineralien gehören, welche in Ansehung unterirdisch ausgeführter Bohrarbeiten der polizeilichen Aufsicht der Bergbehörden unterliegen. Eine Bestätigung findet diese Rechtsauffassung in dem Entwurfe eines Wassergesetzes und seiner Begründung (Verhdl. d. K. d. Abg. 1904 Beil. Bd. XIV S. 1062). Wenn auch das Berggesetz in den Vorschriften der Art. 5, 81, 230 ff. ein System von Mitteln zum Schutze gemeinnütziger Heilquellen bieten mag, so besteht doch eine auch in der korrespondierenden preußischen Gesetzgebung (vgl. Klostermann-Fürst, S. 27; Brassert, S. 74, 75 und die Berichte der Justizkommission des preuß. Abgeordnetenhauses vom 10. Januar 1883 und 15. Februar 1893 in den Anl. z. d. Sten.Ber. 1892/93 S. 2020 und 2026) als vorhanden empfundene Lücke insoferne, als nur die schädliche Einwirkung des Bergbaues und zwar nach dem bayr. Berggesetze in der durch Art. 230 Abs. 2 geschaffenen Ausdehnung auf alle Anlagen (Bergbaue und Gräbereien) zur unterirdischen Gewinnung von Fossilien, keineswegs aber die schädigende Einwirkung menschlicher Tätigkeit, die zu anderen Zwecken als zu dem der Förderung von Mineralien in die Erde eindringt, durch polizeiliche Maßregeln abgewehrt werden kann. Um nun in dieser Beziehung einen erweiterten Schutz der gemeinnützigen Heilquellen zu ermöglichen, soll gemäß Art. 20 des Entwurfes eines Wassergesetzes die Vornahme von Grab- und Bohrarbeiten d. h. der über die gewöhnlichen Grabarbeiten für landwirtschaftliche Zwecke hinausgehenden Eingrabungen unter die Oberfläche des Bodens z. B. zum Zwecke von Brunnen-, Keller-, Fundament- und ähnlichen Anlagen im Bereiche öffentlich benützter Heilquellen von der Erlaubnis der Verwaltungsbehörde abhängig gemacht und die Erlaubnis versagt werden, wenn und soweit durch die Arbeiten eine Gefährdung des Bestandes oder der Beschaffenheit der Heilquellen zu besorgen ist. Damit wird neben den schon durch das BGB. bereitgestellten Waffen zur Defension (§ 226 Verbot der Chikane, § 826 Verbot eines gegen die guten Sitten verstoßenden Wettbewerbes, Dernburg, Das bürgerl. R. 3. Aufl. Bd. III § 67 S. 206) eine gesetzliche Handhabe auch dazu gegeben sein, im Wege der Prävention die schädigende Einwirkung fernezuhalten, die durch Tiefbohrungen auf Wasser, noch mehr aber durch Konkurrenzbohrungen auf Mineralquellen den bestehenden gemeinnützigen Heilquellen droht. Die Instanzgerichte haben festgestellt, daß der Angeklagte B.K. eine Tiefbohrung auf Wasser unternommen hat. Die Frage, ob diese als „unterirdischer Bau" im Sinne des Art. 230 Abs. 2 des Berggeſ. anzusehen ist, bedarf keiner Prüfung. Jedenfalls ist, wie dargelegt wurde, eine solche Tiefbohrung auf Wasser nicht ein nach dieser Gesetzbestimmung der bergpolizeilichen Aufsicht unterliegender Bau auf Mineralien. Deshalb war der von dem Oberbergamte erlassenen Anordnung wegen Ueberschreitung der in Beziehung auf ihren Gegenstand bestehenden gesetzlichen Grenzen die rechtliche Gültigkeit zu versagen.

---

Zum Zwecke der Vergleichung mag hier eine Bemerkung darüber Platz finden, wie im preuß. Rechte die Kontrolle der Polizeiverordnungen und Polizeiverfügungen geregelt ist. Die Kontrolle des Polizeiverordnungsrechtes erfolgt entweder direkt oder indirekt. Direkt, wenn die Prüfung auf die Verordnung als solche gerichtet ist, indirekt, wenn die Prüfung einen Einzelfall betrifft, der als konkret unter die abstrakte Norm der Verordnung zu subsumieren ist. Die direkte Verwaltungskontrolle — Ausfluß des Aufsichtsrechtes —, welche die Außerkraftsetzung der Polizeiverordnung zur Folge haben kann, liegt hinsichtlich der orts-, amts- und kreispolizeilichen Verordnungen dem Regierungspräsidenten (unter Mitwirkung des Bezirksausschusses), hinsichtlich aller Verordnungen untergeordneter Behörden dem Minister des Innern ob. Die indirekte Kontrolle des Polizeiverordnungsrechtes hängt zusammen mit der Kontrolle des Polizeiverfügungsrechtes. Diese wird ausgeübt durch die Verwaltungsbehörde und das Verwaltungsgericht (§ 127 ff. des Gesetzes über die allgemeine Landesverwaltung v. 30. Juli 1883). I. Gegen die Polizeiverfügungen der Orts- und Kreispolizei-

behörden findet zunächst die Verwaltungsbeschwerde im Instanzenzuge an die vorgesetzte Polizeibehörde statt. Die Beschwerde ist zu richten a) gegen die Verfügungen der Ortspolizeibehörden auf dem Lande und einer zu einem Landkreis gehörigen Stadt bis zu 10000 Einwohnern — an den Landrat, gegen dessen Bescheid an den Regierungspräsidenten, b) gegen die Verfügungen der Ortspolizeibehörden eines Stadtkreises (mit Ausnahme von Berlin), einer zu einem Landkreise gehörigen Stadt von mehr als 10000 Einwohnern oder des Landrates — an den Regierungspräsidenten und gegen dessen Bescheid an den Oberpräsidenten, c) gegen die ortspolizeilichen Verfügungen in Berlin — an den Oberpräsidenten, d) gegen die Verfügungen des Regierungspräsidenten an den Oberpräsidenten. Die auf die Beschwerde eintretende Prüfung umfaßt sowohl die Gesetzmäßigkeit als auch die Notwendigkeit u. Zweckmäßigkeit der Polizeiverfügung. Nach beiden Richtungen kann die Würdigung der auf Grund einer Polizeiverordnung erlassenen Verfügung durch die der Verordnung selbst bedingt sein, die über den Einzelfall allerdings nicht hinaus wirkende Prüfung der Verordnung aber deren Ungesetzlichkeit wie deren Unnötigkeit oder Unzweckmäßigkeit ergeben. II. Neben der Verwaltungsbeschwerde ist teils elektiv teils kumulativ eine verwaltungsgerichtliche Klage gegen die Polizeibehörde auf Aufhebung der Polizeiverfügung zulässig. Elektiv findet gegen Polizeiverfügungen der Orts- und Kreispolizeibehörden im Falle I a an Stelle der Beschwerde an den Landrat die Klage beim Kreisausschuß, in den Fällen I b u. c an Stelle der Beschwerde beim Regierungs- bzw. Oberpräsidenten die Klage bei dem Oberverwaltungsgerichte statt. Kumulativ d. i. nach Erschöpfung des Beschwerdeweges (I) findet in allen unter I bezeichneten Fällen gegen den in letzter Instanz ergangenen Bescheid des Regierungs- bzw. Oberpräsidenten die Klage bei dem Oberverwaltungsgerichte statt. Die Klage darf nur darauf gestützt werden, 1. daß der angefochtene Bescheid durch Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung des bestehenden Rechtes, insbesondere auch der von den Behörden innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassenen Verordnungen den Kläger in seinen Rechten verletzte, 2. daß die tatsächlichen Voraussetzungen nicht vorhanden seien, welche die Polizeibehörde zum Erlasse der Verfügung berechtigt haben würden. Die verwaltungsgerichtliche Nachprüfung bezieht sich als Rechtskontrolle (1.) nur auf die Gesetzmäßigkeit, nicht auch auf die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der Polizeiverfügung. „Die Prüfung der Gesetzmäßigkeit erstreckt sich auch auf diejenigen Fälle, in welchen vor Erlaß des Gesetzes vom 30. Juli 1883 nach § 2 des Gesetzes vom 11. Mai 1842 der ordentliche Rechtsweg zulässig war.“ „Die Entscheidung ist endgültig, unbeschadet aller privatrechtlichen Verhältnisse“ (§ 127 Abs. 4 u. 5 des Ges. v. 30. Juli 1883, s. die Erläut. hiezu bei Rosin a. a. O. § 53 S. 298, v. Brauchitsch a. a. O. S. 155 ff.). Die Polizeiverfügung kann nun auch deshalb angefochten werden, weil sie zwar der Polizeiverordnung entspricht, auf Grund deren sie ergangen ist, jedoch die Polizeiverordnung der Gesetzmäßigkeit entbehrt. In diesem Falle hat der Verwaltungsrichter in die Prüfung der Verordnung selbst einzutreten, aber seine Prüfung ist wie diejenige der Beschwerdeinstanzen nur eine indirekte, er kann die angefochtene Polizeiverfügung wegen Rechtsungültigkeit der ihr zugrunde liegenden Polizeiverordnung, nicht jedoch diese selbst aufheben. Die Frage, ob in dem Einzelfalle die Beschwerde oder die Klage den Vorzug verdient, kann hier außer Betracht bleiben. Vgl. darüber die eingehende Darlegung bei v. Arnstedt, Das preuß. Polizeirecht (1905) § 29 S. 111. ff. Die Frist zur Einlegung der Beschwerde und zur Anbringung der Klage beträgt zwei Wochen (§ 129 Abs. 3 des Ges. v. 30. Juli 1883). Mit deren Ablauf geht das Recht zur Anfechtung der Polizeiverfügung verloren. v. Arnstedt § 29. Selbstverständlich besteht aber nur eine formelle, nicht eine materielle Rechtskraft der Polizeiverfügung. Es wird durch den Ablauf der Anfechtungsfrist gleichwie durch die Entscheidung der Beschwerdeinstanz und des Verwaltungsrichters, wodurch die Beschwerde und Klage zurückgewiesen wurden, nicht ein Rechtsverhältnis zwischen der Polizeibehörde und dem Beteiligten unabänderlich festgestellt, die Polizeibehörde selbst kann vielmehr ihre Verfügung jederzeit aufheben, auch wenn Beschwerde und Klage zurückgewiesen sind (s. hierüber besonders Genzmer, Die Polizei [1905] im Handbuch der Gesetzgebung in Preußen u. dem Deutschen Reich v. Hue de Grais S. 82 Note 13, auch v. Arnstedt a. a. O. S. 139). Die gleiche indirekte Rechtskontrolle des Polizeiverordnungsrechtes wie dem Verwaltungsrichter steht auch dem Strafrichter zu. Es ist indessen, soweit es sich um die Gesetzmäßigkeit der Polizeiverordnung handelt, der Verwaltungsrichter nicht an das Urteil des Strafrichters gebunden und umgekehrt. Die Beseitigung von Kollisionen zwischen der Rechtsprechung des Strafrichters und des Verwaltungsrichters ist der Entschließung der Polizeibehörde und der Aufsichtsbehörde anheimgegeben (v. Arnstedt a. a. O. § 39 S. 150 ff.).

Oberlandesgerichtsrat Dblagger.

## Landgericht München I.

### I.

**Zur Tragweite des Art. 58 UeG., Grenzen der Auslegung bei einer Eintragungsbewilligung.** Auf dem in M. (Bayern) gelegenen Anwesen des zu F. (Baden) wohnhaften Sch. lasteten mehrere Hypotheken zugunsten des in Konkurs befindlichen B. Im Vollzug eines Vergleichs bewilligte der Konkursverwalter vor Anlegung des Grundbuchs in M. die Löschung dieser Hypotheken wegen Zahlung und übersandte die notarielle Löschungsbewilligung an Sch. Letzterer reichte sie nach Anlegung des Grundbuchs bei dem Grundbuchamte in M. zugleich mit folgender von einem badischen Notar beglaubigten Erklärung ein: „Durch vorstehende Löschungsbewilligung ist festgestellt, daß die darin bezeichneten Hypotheken auf mich als Eigentümergrundschulden übergegangen sind. Ich übertrage sie an meine Schwester Lina Sch. für ein (näher bezeichnetes) Darlehen, indem ich sie in eine Buchhypothek umwandle. Ich beantrage die Eintragung der Abtretung und Umwandlung im Grundbuch.“ Das Grundbuchamt lehnte den Antrag ab, weil eine erloschene Hypothek nicht mehr umgewandelt oder abgetreten werden könne. In der Beschwerde hiegegen wurde ausgeführt, aus Art. 58 UeG. müsse auf die Berechtigung des Antrags geschlossen werden; daß die neue Buchhypothek den neurechtlichen Einträgen gegenüber wirkungslos sei, hindere nicht die Eintragung, die gegenüber den altrechtlichen Nachhypotheken noch ihre Bedeutung behalte. Die Beschwerde wurde abgewiesen.

Aus den Gründen: Dem Beschwerdeführer mag auf Grund der Art. 181, 184, 189 EG. z. BGB., 58 UeG. mit § 84 HypG. darin beigestimmt werden, daß die Rangeinräumungsbefugnis aus § 84 HypG., falls die Hypothek unter dem alten Liegenschaftsrecht erloschen ist, auch noch nach Anlegung des Grundbuchs ausgeübt werden kann, einerseits mit der Erweiterung, daß der Rangvorbehalt nunmehr auch für eine Eigentümergrundschuld benutzt werden darf, andrerseits mit der Einschränkung, daß die Rangeinräumung nur den bei Grundbuchanlegung bestehenden Rechten gegenüber wirksam, den später begründeten gegenüber aber unwirksam ist (Bl. f. RA. Bd. 67 S. 361; Henle-Schneider, Komm. z. UeG. Bem. zu Art. 58; Staudinger, Komm. z. BGB. § 1163 Anm. VI b; Becher,

Mot. Bd. VII S. 60, 139, 194). Der Antragsteller geht aber offensichtlich von der Anschauung aus, daß die erloschene Hypothek sich von selbst in eine Eigentümergrundschuld verwandelte. Diese Annahme ist falsch. Nachdem die Löschungsreife noch vor Grundbuchanlegung eintrat, bestimmen sich auch die Wirkungen der Zahlung ausschließlich nach altem Recht. Danach aber erlischt die Hypothek und bleibt nichts übrig als die aus dem Eigentum fließende Befugnis, den frei gewordenen Rang zu weiterer Belastung auszunützen. Es wurde bei der Beratung der Uebergangsvorschriften auch ausdrücklich abgelehnt, die Rangvorbehalte des bisherigen Rechts zu Eigentümergrundschulden zu erweitern (Becher, Mot. Bd. VII S. 144). Allerdings kann der Eigentümer diesen Erfolg dadurch herbeiführen, daß er den Rangvorbehalt für eine Eigentümergrundschuld ausnützt. Es bedarf dazu aber eines positiven Tuns, einer speziellen Begründung; von Gesetzes wegen tritt diese Folge nicht ein. An einem Begründungsakt (Bestellung der Eigentümerhypothek) fehlt es hier. Ursache dessen mag wohl ein Rechtsirrtum des Antragstellers sein, und er würde wahrscheinlich bei richtiger Erkenntnis der Rechtslage seiner Umwandlungs- und Abtretungserklärung die erforderliche positive und unzweideutige Bestellungserklärung vorausgeschickt haben. Tatsächlich aber liegt eine solche nicht vor. Auch im Weg der Auslegung kann der Erklärung diese Tragweite nicht beigemessen werden; es wäre dies nicht mehr Auslegung einer undeutlichen, sondern vielmehr Ergänzung einer fehlenden Willenserklärung. Mangelt es hienach an einem Recht, das übertragen oder umgewandelt werden könnte, so rechtfertigt sich die Weigerung des Grundbuchamts, die beantragte Eintragung vorzunehmen. (Beschl. vom 31. August 1905 Beschw.-R. 491/05.) N.

II.

**Auch ein arrestweise gepfändeter Herausgabeanspruch kann nicht zur einstweiligen Einziehung überwiesen werden (§§ 930, 846 ff. ZPO.).** Gegen die Ehefrau B. in Pretoria (Transvaal) war bei dem bayerischen Amtsgerichte M. auf Grund dinglichen Arrests der ihr angeblich gegen die Speditionsfirma W. in M. zustehende Herausgabeanspruch hinsichtlich eines dort eingelagerten Klaviers gepfändet worden; gleichzeitig wurde angeordnet, daß das Klavier an einen vom Gläubiger zu benennenden Gerichtsvollzieher herauszugeben sei. Die Speditionsfirma verweigerte jedoch die Herausgabe, weil das Klavier bei ihr auf den Namen des Ehemanns der Schuldnerin B. lagere. Der Gläubiger beantragte nunmehr die Ueberweisung des gepfändeten Herausgabeanspruchs mindestens zur Hinterlegung und Sequestration, weil der Name des Ehemanns nur zur Hintertreibung der Zwangsvollstreckung vorgeschoben worden sei und Gefahr bestehe, daß er das Klavier bis zur Erwirkung eines Vollstreckungstitels gegen die Ehefrau B. längst abgeholt und ins Ausland verbracht haben werde. Mangels Ueberweisung sei aber der Gläubiger nicht in der Lage gegen die Drittschuldnerin zu klagen. Trotz der RGE. Bd. 33 S. 421 müsse dies bei Herausgabeansprüchen zulässig sein, wie dies auch RGE. Bd. 25 S. 426 annehme, um so mehr, als ja § 930 Abs. 3 ZPO. in dringlichen Fällen sogar die Versteigerung gestatte. Der Antrag wurde zurückgewiesen und die Beschwerde blieb erfolglos. Das Beschwerdegericht führte insbesondere aus, daß die Unzulässigkeit sich schon aus dem Wortlaut der Abs. 1 und 3 des § 930 ZPO. ergebe, zwischen Forderungen und Herausgabeansprüchen diesbezüglich nach § 846 ZPO. kein Unterschied gemacht werden und der ganz allgemein gehaltene Schlußsatz der RGE. Bd. 25 S. 426 gegenüber dem Inhalt der späteren Entsch. Bd. 33 S. 421 nicht mehr in Betracht kommen könne. Von einer Lücke der ZPO. könne um so weniger gesprochen werden, als ja dem Gläubiger freistehe, sich der sonst gegen Simulation seitens eines Dritten gegebenen Rechtsbehelfe zu bedienen.*) — (Beschl. vom 16. August 1905 Beschw.-R. 481/05.) N.

III.

**Anwendbarkeit des § 427 BGB. auf gerichtliche Vergleiche.** Das Ehepaar G. verpflichtete sich in einem amtsgerichtlichen Vergleichsprotokolle zur Zahlung einer Geldsumme an den Klageteil; über samtverbindliche Haftung enthält der Vergleich nichts. Das Amtsgericht lehnte deshalb die beantragte samtverbindliche Vollstreckung ab, das Landgericht ließ sie jedoch mit der Begründung zu, daß der Vergleich als solcher gemäß § 779 ZPO. ein Vertrag sei, demgemäß auf die Verpflichtung der Schuldner die Vermutung des § 427 BGB. zutreffe. — (Beschl. vom 3. August 1905 Beschw.-R. 460/05.) N.

## Aus der Praxis des bayer. Verwaltungsgerichtshofs.

Das jüngste Heft der Entscheidungen des bayerischen Verwaltungsgerichtshofs (Nr. 7, 8, S. 255, 282) enthält zwei bemerkenswerte Erkenntnisse über die Notwendigkeit der Vorentscheidung des Verwaltungsgerichtshofs bei Inanspruchnahme der Haftung des Staates oder einer Gemeinde wegen eines durch die Handlung eines Beamten verursachten Schadens (Art. 7 Abs. 2 des VGHG. in der Fassung des Art. 165 Ziff. I AG. z. BGB.). Die Notwendigkeit der Vorentscheidung wurde verneint, soweit Amtshandlungen eines Gerichtsvollziehers bei der Vollstreckung eines gerichtlichen Urteils in Frage stehen. Es wurde angenommen, daß der Gerichtsvollzieher bei Verrichtungen solcher Art als Beamter der streitigen Gerichtsbarkeit im Sinne des Art. 7 Abs. 2 Satz 4 a. a. O. anzusehen sei, und ausgeführt, daß unter streitiger Gerichtsbarkeit nicht nur das Erkenntnisverfahren, sondern „das gesamte Rechtsschutzverfahren einschließlich der zwangsweisen Verwirklichung des gerichtlich zuerkannten Rechts" verstanden werden müsse.

Das zweite Erkenntnis führt aus, daß die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofs zur Erlassung einer Vorentscheidung nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß die pflichtwidrige Handlung zugleich unter ein Strafgesetz fällt und daß ein rechtskräftiges strafrichterliches Urteil vorliegt. — — — n.

## Literatur.

**Seuffert, Dr. Lothar**, Universitätsprofessor in München, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 9. Aufl. Bd. II. München 1905, C. H. Becksche Verlagsbuchhandlung (Oskar Beck). Geh. Mk. 18.—.

Die in Nr. 2 dieser Zeitschrift S. 63 angekündigte Vollendung des hervorragenden Werks ist nunmehr erfolgt. Es wird wohl kaum hervorgehoben werden müssen, daß der zweite Band die nämlichen Vorzüge aufweist, die wir an dem ersten rühmen konnten.

von der Pfordten.

*) Die beantragte Ueberweisung ist entbehrlich, wenn man mit Gaupp-Stein, Seuffert annimmt, daß der Gläubiger schon auf Grund des Pfändungsbeschlusses die Klage aus § 1281 BGB. hat und mit der Ueberweisung nur noch das Recht erhält, zu eigenen Händen zu klagen. Der Einf.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, II. Staatsanwalt im K. Staatsministerium der Justiz.

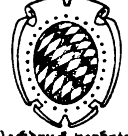
Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

Nr. 20. München, den 15. Oktober 1905. 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.



## Die Vormerkung des § 1179 BGB. im Verteilungsverfahren der Zwangsversteigerung.

Von Landrichter du Chesne in Leipzig.

Das Oberlandesgericht Dresden, Ferienzivilsenat, führt in einer Entscheidung vom 26. Juli 1904 (Lobes Zentralblatt V, S. 185 ff., 187) aus: Der Löschungsanspruch des § 1179 BGB. habe zum unverkennbaren Zweck, das Vorrücken der nachstehenden Hypotheken zu ermöglichen, falls die von ihm betroffene Hypothek nicht ganz in Anspruch genommen werde. Er schließe das Recht des Anspruchsberechtigten in sich, vom Eigentümer zu verlangen, daß er sich nicht als Realgläubiger wegen seiner Grundschuld Befriedigung aus dem Grundstücke verschaffe. Er müsse vielmehr sein Recht ohne Befriedigung aus dem Grundstücke aufgeben. Hieraus folge seine Vertragspflicht, alles, was bei der Verteilung des Versteigerungserlöses auf die Eigentümergrundschuld entfallen würde, wenn der Löschungsanspruch nicht bestände und die Vormerkung nicht eingetragen wäre, den nachfolgenden Realgläubigern zur Befriedigung wegen der hypothekarischen Ansprüche zur Verfügung zu stellen. Er müsse sich dem Berechtigten gegenüber so behandeln lassen, als habe er kein Grundschuldrecht und kein Recht auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlös . . . Die Löschung selbst komme jetzt (nach dem Zuschlage des Grundstücks im Zwangsversteigerungsverfahren) nicht mehr in Frage, weil die betroffene Hypothek einschließlich der im Grundbuche noch gar nicht in die Erscheinung getretenen Eigentümergrundschuld bereits erloschen sei.[1]) Wohl aber sei die Verbindlichkeit zur Aufgabe seines Rechts noch für den an die Stelle der Grundschuld getretenen Anspruch auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlös (§§ 52, 91, 92 ZwVG.) von Bedeutung. Das Grundbuch selbst gebe vermöge der darin eingetragenen Vormerkung darüber Auskunft, daß der Inhaber des an die Stelle der Eigentümergrundschuld getretenen Anspruchs auf den entsprechenden Teil des Erlöses und alle andern in seinen Rechten stehenden Personen keinen Anspruch auf den Versteigerungserlös hätten, und es sei selbstverständlich, daß der Versteigerungsrichter bei der Verteilung des Erlöses dem Rechnung zu tragen habe, wennschon ausdrückliche Vorschriften hierüber sich im Zwangsversteigerungsgesetz nicht fänden, insbesondere die Vorschrift des § 48 ZwVG. hier nicht zuträfe. Bei der Verteilung des Erlöses sei die Vormerkung nach Maßgabe der entsprechend anzuwendenden Bestimmungen der §§ 119, 120 ZwVG. zu behandeln. Das von ihr betroffene Recht sei je nach Art der Vormerkung einem aufschiebend oder auflösend bedingten gleich zu achten. Die Bedingung des Rechts sei das Bestehen oder Nichtbestehen des vorgemerkten Anspruchs. Wenigstens sei das Bestehen oder Nichtbestehen des Anspruchs wie eine Bedingung des davon betroffenen Rechts zu behandeln, der vorgemerkte Löschungsanspruch also wie eine auflösende Bedingung der Eigentümergrundschuld. Er hindere nicht deren Entstehung, wohl aber vernichte er sie, wenn er begründet sei und geltend gemacht werde.

Um zunächst auf diese Ausführungen einzugehen, so ist aus ihnen zu entnehmen: Auch das Oberlandesgericht verschließt sich nicht der Tatsache, daß in einem Falle, wie dem vorliegenden, ein Löschung der Eigentümergrundschuld nicht mehr möglich ist, weil diese bereits durch den Zuschlag erloschen ist, und daß daher der Schuldner von der Verpflichtung zu dieser Leistung frei wird (§ 275 BGB.). Aber der vorgemerkte Anspruch erschöpft sich nach der Meinung des Oberlandesgerichts nicht in dem Anspruche auf Löschung; er schließt vielmehr das Recht in sich, vom Eigentümer zu verlangen, daß dieser sich nicht Befriedigung aus der Grundschuld verschafft. Das bedeutet für den Fall der Zwangsversteigerung die Verpflichtung, den auf die Eigentümergrundschuld fallenden Erlösteil dem Berechtigten zur Verfügung zu stellen und sich als Nichtberechtigten behandeln zu lassen. Dieser Anspruch kann aber — so meint das Oberlandesgericht — auch noch erfüllt werden, wenn die Löschung nicht

[1]) § 91 ZwVG.

mehr möglich ist. Zu dieser Auffassung des Löschungsanspruchs gelangt das Oberlandesgericht durch die Erwägung, daß der Zweck des Anspruchs das Aufrücken der Nachhypotheken sei und daß der darin liegende Vorteil unerreichbar werden würde, wenn der Anspruch schon durch die eintretende Unmöglichkeit der Löschung in sich zusammenfiele. Dem läßt sich entgegenhalten: Wenn der Zweck des Löschungsanspruchs das Aufrücken der Nachhypotheken ist, so wird er jedenfalls schon dann von selbst illusorisch, wenn die Nachhypotheken ebenfalls wegfallen, weil dann ein Aufrücken nicht mehr möglich ist. Das Oberlandesgericht erblickt aber offenbar den wirklichen Zweck des Anspruchs in der durch das Aufrücken der Nachhypotheken erlangten größeren Aussicht auf Befriedigung, und ein solcher Zweck ist auch für die an die Stelle der Hypotheken tretenden Ansprüche auf Erlös denkbar. Ob dieser Zweck auch für den Fall der Zwangsversteigerung als für den gewaltsamen Eingriff in die dingliche Rechtslage, oder nur für den regelmäßigen Grundbuchsverkehrs ins Auge gefaßt gewesen ist — und dafür spricht, daß er nach der vom Oberlandesgericht geteilten Meinung durch Aufrücken der Hypotheken erreicht werden soll —, braucht aber nicht weiter erörtert zu werden. Denn angenommen auch, der Zweck des Anspruchs aus § 1179 BGB. wäre gewesen, dem Berechtigten unter allen Umständen und auch außerhalb des gewöhnlichen Grundbuchverkehrs den Vorteil der sicheren Aussicht auf Befriedigung zu verschaffen, so wäre doch damit nichts für die Auffassung des Oberlandesgerichts gewonnen. Denn daß der Gesetzgeber einen bestimmten Zweck verfolgt hat, bedeutet noch nicht, daß er ihn auch erreicht hat; daß er zur Erreichung des Zweckes ein bestimmtes Mittel, den Löschungsanspruch, für geeignet gehalten hätte, würde noch nicht bedeuten, daß es auch wirklich geeignet wäre. Es geht nicht an, zu schließen: Es ist die Absicht des Gesetzes, mit diesem Mittel den Zweck zu erreichen, also muß dies Mittel so beschaffen sein, daß es diesen Zweck erfüllen kann. Vielmehr kann die Frage, ob ein Anspruch geeignet ist, einen gewissen Zweck zu erreichen, nur durch Untersuchung des Anspruchs selbst gelöst werden. Es soll ja nicht bestritten werden, daß aus einem unzweifelhaft feststehenden Zwecke — ob ein solcher der vom Oberlandesgericht ins Auge gefaßte ist (s. o.), ist, wie gesagt, schon nicht ganz klar — auf die zweifelhafte Natur des Mittels Schlüsse gezogen und insbesondere der etwa zweifelhafte Gegenstand des als Mittel gegebenen Anspruchs näher bestimmt werden kann; aber einen mit klaren Worten bezeichneten Anspruch nur deshalb ausdehnend auslegen zu wollen, weil er sonst den vorausgesetzten Zweck nicht erreichen würde, ist nicht zulässig. Ein anderes Argument für diese Auslegung ist aber vom Oberlandesgericht überhaupt nicht angeführt worden. Und es läßt sich auch ein solches nicht wohl anführen. Der Wortlaut des § 1179 läßt an Deutlichkeit nichts zu wünschen übrig; er spricht nur von der Verpflichtung des Eigentümers, die Hypothek in dem dort bestimmten Falle löschen zu lassen. Der Anspruch geht hiernach auf Abgabe der Eintragsbewilligung, und der Wortlaut des Gesetzes läßt für eine weitere Auslegung keinen Raum. Nun ist auch der Anspruch des § 1179 ein auf einem Vertrage beruhender; es steht also an sich der Auslegung des Vertrags durch Erforschung des wahren Willens der Parteien nichts entgegen. Wenn nun die Auslegung auch des Vertrags nicht soweit gehen darf, daß festgestellt wird, was die Parteien hätten wollen sollen, um den ihnen vorschwebenden Zweck zu erreichen und daß dann dies Ergebnis als wahrer Wille der Parteien hingestellt wird, so ist doch möglich, daß im einzelnen Falle festgestellt werden kann, der Parteiwille gehe wirklich nicht nur auf Löschung, sondern habe den vom Oberlandesgericht ein für allemal festgestellten Inhalt. Freilich müßten hierfür schon ganz besondere Umstände ins Feld geführt werden. Denn in Fällen, wo das Gesetz, wie hier, einen bestimmten Anspruchstyp aufgestellt hat, wird an sich schon anzunehmen sein, daß die Parteien, wenn sie den Worlaut des Gesetzes ohne Zusatz ihrem Vertrage zu Grunde legen, nur den gesetzlichen Typ verwirklichen wollen. Dies um so mehr, wenn es sich wie hier um Verhältnisse des Sachenrechts mit seinen scharf umrissenen und in der Zahl beschränkten Rechtsformen handelt. Wäre es aber trotz alledem gelungen, den gedachten ausdehnenden Vertragswillen festzustellen, so könnte doch der sich hieraus ergebende Anspruch nicht vorgemerkt werden. Die Vormerkung ist nach § 1179 gegeben „zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung." Nun ergibt sich aus den §§ 883, 1179 BGB. wenigstens soviel, daß eine Vormerkung immer nur eingetragen werden kann für Ansprüche auf Aenderung der dinglichen Rechtslage an einem Grundstücke. Dazu allein ist die Vormerkung gegeben, nicht zur Sicherung von andersartigen Rechtsverhältnissen, die im Gesetze nicht genannt sind. Sollte es daher gelingen festzustellen, daß sich der Eigentümer einem Hypothekgläubiger verpflichtet habe, sich so behandeln zu lassen, als habe er kein Recht am Grundstücke und auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlös, so könnte ein solcher Anspruch überhaupt nicht vorgemerkt werden. Die Vormerkung könnte vielmehr nur für den Anspruch auf Löschung, sofern er als selbständiger Anspruch neben dem weitergehenden stünde, eingetragen werden. Sollte aber — was das Oberlandesgericht mit Recht nicht annimmt — der Vertrag zunächst nur eine Löschungsverpflichtung begründet und sich dann erst, nachdem er schon vorgemerkt war, verwandelt haben, so würde der insoweit umgewandelte Anspruch aus dem Schutze der Vormerkung heraus-

fallen; denn wenn auch der Anspruch sein Wesen änderte, so würde dies deshalb noch nicht auch für die Vormerkung gelten, die eine unwandelbare Rechtsform ist.

Angenommen aber auch einmal, der vom Oberlandesgericht aufgestellte Vertragsinhalt wäre wirklich der gesetzliche Typ des Anspruchs aus § 1179 und müßte deshalb im Zweifel als Parteiwille angesehen werden. Für diesen Fall führt das Oberlandesgericht weiter aus:

Die Eintragung der Vormerkung habe zunächst zur Folge, daß der Anspruch auch gegenüber anderen Personen als den Vertragschließenden und deren Rechtsnachfolgern wirksam sei. Eine Verfügung, die nach Eintragung der Vormerkung über das Recht, (d. h. die Eigentümergrundschuld) getroffen werde, sei insoweit unwirksam, als sie den Löschungsanspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde. Dies gelte auch für Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung. Auch die Pfandgläubiger (die den Anspruch auf Erlös gepfändet hatten) müßten also, da sie ihre Pfändungspfandrechte unzweifelhaft erst nach der Eintragung der Vormerkung erworben hätten, gegen sich gelten lassen, daß der Eigentümer dem Vormerkungsberechtigten zur Aufgabe seines Rechts und zur Löschung verpflichtet sei . . . Das Grundbuch selbst gebe vermöge der Vormerkung darüber Auskunft, daß der Inhaber der Eigentümergrundschuld und alle in seinen Rechten stehenden Personen dem aus dem vorgemerkten Anspruch Berechtigten gegenüber keinen Anspruch auf den Versteigerungserlös hätten.

Man sieht: Weil der Anspruch aus § 1179 zugleich auf Aufgabe des Rechts auf den Versteigerungserlös geht, so wirkt er kraft der Vormerkung auch gegen diejenigen, die dieses Recht, nicht die Eigentümerschuld selbst gepfändet haben. Aber noch mehr: Zufolge der Vormerkung haben der Eigentümer und alle andern in seinen Rechten stehenden Personen dem vorgemerkten Berechtigten gegenüber **keinen Anspruch auf den Versteigerungserlös**, und der **Versteigerungsrichter hat dem selbstverständlich bei Verteilung des Erlöses Rechnung zu tragen.** Zunächst ist nun ein Anspruch auf Aufgabe des Rechts auf den Versteigerungserlös — es wird nicht völlig klar, worauf er eigentlich geht — noch nicht identisch mit einem Rechtsverhältnisse, wonach jemand gegenüber einem andern **keinen Anspruch** auf den Versteigerungserlös **hat.** Der erstere Anspruch ist ein obligatorischer Anspruch (so auch das Oberlandesgericht) auf Vornahme eines Rechtsgeschäfts über den Anspruch auf einen Teil des Versteigerungserlöses, eines Rechtsgeschäfts, das wohl nur ein Verzicht auf Auszahlung des an die Stelle der Eigentümergrundschuld getretenen Erlösanteils sein kann. Der Eigentümer tritt hier zufolge des Rechtsgebildes der Eigentümergrundschuld sich selbst als Gläubiger gegenüber, und auf dies Gläubigerrecht soll er verzichten. Davon ist aber dem Wesen nach verschieden ein Rechtsverhältnis, wonach jemand einem andern gegenüber keinen Anspruch hat. Ein solcher Zustand kann, wenn zuvor ein Anspruch auf Aufgabe des Anspruchs gegen den Verpflichteten bestanden hat, die Folge der Erfüllung dieses Anspruchs sein; der Verpflichtete hat vertragsgemäß den Anspruch gegenüber dem Berechtigten aufgegeben und hat hat ihn nun nicht mehr. Wann aber soll denn diese Erfüllung, dieser Verzichtsvertrag, stattgefunden haben? Oder ist der Anspruch auf Aufgabe kraft gesetzlicher Vorschrift als erfüllt anzusehen? Welche gesetzliche Vorschrift soll hier gewirkt haben? Soll es insbesondere etwa eine Wirkung der Zwangsversteigerung oder der Vormerkung sein, daß der Vertrag nunmehr als erfüllt gilt? Aber beide ändern an dem Wesen des Anspruchs aus § 1179 nichts, insbesondere kann die Vormerkung, die ja lediglich die Wirkung einer Sicherung, nicht einer Befriedigung, hat, nicht die Befriedigung herbeigeführt haben. Wie ist überdies ein Rechtsverhältnis zu konstruieren, wonach jemand einem andern gegenüber keinen Anspruch hat? Hat er dann überhaupt keinen Anspruch? Oder ist das Verhältnis nur so zu verstehen, daß er den Anspruch zwar noch hat, aber nicht geltend machen darf? Im letztern Falle würde an die Stelle des ursprünglichen Anspruchs auf Aufgabe des Rechts auf den Erlös eine Art Einrede des Anspruchsberechtigten, falls der Verpflichtete seinen Anspruch auf Erlös geltend machte, getreten sein. Oder soll etwa der Anspruch das Recht auf Herstellung dieser Rechtslage und zugleich diese Rechtslage selbst von vornherein umfaßt haben? Ist aber die Rechtslage so, wie sie hier dargestellt ist, so kann der Zwangsvollstreckungsrichter auch nicht entscheiden, ob der Anspruch aus § 1179, wenn er auf Aufgabe des Erlösanspruchs ginge, erfüllt ist; das wäre vielmehr Sache des Prozeßrichters. Aber wie gesagt, der Anspruch auf Aufgabe des Erlösanspruchs besteht nicht und ist deshalb auch nicht als erfüllt anzusehen, bzw. umfaßt nicht zugleich einen Rechtszustand, der der Erfüllung gleichkommt.

Hier, wo nach der Feststellung des Oberlandesgerichts der Löschungs- bzw. Verzichtsanspruch ausdrücklich geltend gemacht und von keiner Seite bestritten ist, hat es den Erlös sofort dem Vormerkungsberechtigten zugesprochen und die Ansprüche der Pfandgläubiger nur nach §§ 115, 124 ZwVG. beachtlich erklärt. Für den Fall aber, daß diese Voraussetzungen nicht vorliegen, will es die Vormerkung überhaupt nach §§ 119, 120 ZwVG. und insbesondere die aus § 1179 wie eine auflösende Bedingung der Eigentümergrundschuld behandeln. Da bei der Eigentümergrundschuld ein obligatorischer Anspruch nicht besteht, so kann dieser bedingungsartige Rechtsfaktor nur im dinglichen

Rechte selbst liegen. Nach der heute herrschenden Ansicht ist die Bedingung, auch die auflösende, nichts außerhalb des bedingten Rechtsverhältnisses Bestehendes, sondern nur ein untrennbarer, unselbständiger Strukturfaktor des bedingten Rechts. Das müßte dann wohl auch für den bedingungsartig vorgestellten Rechtsfaktor des Oberlandesgerichts gelten. Zugleich soll er aber auch ein in der Hauptsache selbständiges Sonderdasein als obligatorischer Anspruch führen, und vermittelt sein sollen beide Daseinsweisen nur durch die Vormerkung. Wie diese wirkt, ist in § 888 BGB. erschöpfend geregelt; es kommt etwa auf die Wirkung einer actio in rem scripta hinaus. Keinesfalls ist aber die Vormerkung die grundbücherliche Verkörperung und Erscheinungsform des vorgemerkten, insbesondere des Löschungsanspruchs, ebensowenig z. B., wie der Widerspruch die Verkörperung des Berichtigungsanspruchs ist. Beide sind vielmehr nur grundbücherliche Rechtsbehelfe, die auf Sicherung von dinglichen (Widerspruch) oder obligatorischen Rechten (Vormerkung) abzielen, und begründen deshalb keine dinglichen Rechte. Und ich meine, daß gerade das Streben, dem vorgemerkten Anspruche eine dingliche Wirkung, wie etwa dem Pfandrechte an dem betroffenen Rechte, zu verleihen, Auffassungen, wie der hier besprochenen zugrunde liegt. Aber ich glaube anderseits auch, daß der hier dargelegte, besondere für Rechtsgebiete, die früher keine Eigentümerhypothek kannten, unbefriedigende Rechtszustand nur eine Folge der Ueberspannung des Prinzips der gesetzlichen Entstehung der Eigentümerhypothek ist; hat man diesem Prinzip zu Liebe den Vorschlag aus der zweiten Kommission, der das Entstehen von Eigentümerhypotheken im Falle des § 1179 mit dinglicher Wirkung hindern wollte, (Planck, § 1179, I), abgelehnt, so muß sich die Praxis nunmehr mit dem gewählten minder sichern Wege des § 1179 behelfen. Im übrigen verhilft rechtzeitige Pfändung der Eigentümergrundschuld dem Vormerkungsberechtigten zu dem erwünschten dinglichen Rechte.

---

# Der Bordellverkauf (§§ 138, 817 BGB.)

Von Landgerichtsrat **Philipp** in Nürnberg.
(Schluß.)

2. Ist das Uebereignungsgeschäft wegen Verstoßes gegen § 138 BGB. nichtig?

Bei Beantwortung dieser Frage gehen die Meinungen ganz erheblich auseinander. Vollständig geklärt ist diese Frage überhaupt noch nicht.

Bähr in seinem grundlegenden Werke: „Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund" S. 14, Crome II S. 1001, Enneccerus I S. 247, Endemann II S. 83, Cosak II S. 107 b, Stammler a. a. O. S. 492, Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. V Nr. 6, Krückmann ebenda Bd. 13 S. 4, Oertmann in der Allgemeinen österreichischen Gerichtszeitung 1897 S. 253, v. Schey ebenda 1902 S. 95 ff., Klein ebenda 1903 S. 391, Leonhard I S. 379, Eccius in der Jur. Ztg. 1903 S. 43 gehen davon aus, daß das Uebereignungsgeschäft selbst niemals gegen die guten Sitten verstoßen könne. Sie folgern dieses aus dem Wesen des Uebereignungsgeschäfts als eines abstrakten Rechtsgeschäfts, von dem Jhering in seinem „Geist des römischen Rechts" Buch III § 55 sagt:

> „All' der Ansteckungsstoff, der dem Eigentum auf seinem Wege und bei seiner Berührung mit der Obligation gefährlich werden könnte, entweicht in der Form der persönlichen Klage, das Eigentum selbst aber wandelt unversehrt und intakt von einer Hand in die andere. Der Eigentümer leidet nicht unter dem, was der Käufer verschuldet hat."

Denselben Gedanken gibt Kohler, der sonst die Grenzen der wegen Unsittlichkeit nichtigen Rechtsgeschäfte am weitesten zieht, in der Weise wieder, daß er sagt:

> „Die Rechtsordnung muß alle Geschäfte, die sich auf den Bordellbetrieb beziehen, von sich ablehnen und als des Rechtsschutzes unwürdig erklären. Damit ist aber nicht gesagt, daß das durch solche Geschäfte erworbene Eigentum oder Besitz schutzlos sei. Eigentum und Besitz, mögen sie erworben sein, wie sie wollen, liegen auf neutralem Boden. Sie sind Rechte gegen das ganze Publikum, sie bestehen nicht etwa nur zwischen den Personen, welche bei dem Grundgeschäft beteiligt waren."

Dagegen behaupten Dernburg, Bürgerl. R. II S. 601, Düringer-Hachenburg HGB. II S. 38, 313, Mandry-Geib § 51 Anm. 15a, Neubecker a. a. O. S. 69 ff., auch das Uebereignungsgeschäft könne insbesondere wegen des damit verfolgten unlauteren Zweckes gegen die guten Sitten verstoßen und sei gemäß § 138 BGB. nichtig.

Eine feste oberstrichterliche Praxis hat sich noch nicht herausgebildet.

Der 7. Zivilsenat des Reichsgerichts hat in seiner Entscheidung vom 19. Februar 1904 bei Entscheidung der Frage, ob die Unsittlichkeit des wucherischen Kausalgeschäfts auch das dingliche Uebereignungsgeschäft umfasse, sich wie folgt ausgedrückt:

> „Rechtsgrundsätzlich ist das dingliche Geschäft unabhängig von der Nichtigkeit des auf die Leistung zielenden obligatorischen Geschäftes, aus der Nichtigkeit eines auf eine Sachleistung gerichteten obligatorischen Vertrags folgt allerdings nicht mit Notwendigkeit die Nichtigkeit des dinglichen Rechtsgeschäftes, durch welches die Leistung bewirkt wird, auch dann nicht, wenn beide gleichzeitig stattfinden und wenn sie miteinander vereinigt sind. Beide gehören verschiedenen Rechtsgebieten an. Das eine be-

zweckt nur relative unter den Beteiligten bestehende Rechtsbeziehungen, während das andere absolut und nach allen Seiten hin zu wirken bestimmt ist. Aber im Falle der gleichzeitigen Vornahme beider Geschäfte werden gewöhnlich die Parteien die Wirksamkeit des dinglichen Geschäfts von der Gültigkeit des Kausalgeschäfts als Bedingung abhängig gemacht haben. Der Verwirklichung dieses Parteiwillens setzt das Gesetz kein Hindernis entgegen. Das dingliche Geschäft ist nicht dergestalt formal, daß es nicht kraft Parteiwillens in der angegebenen Art in ein Abhängigkeitsverhältnis zum obligatorischen Geschäft gesetzt werden könnte."

Mit dieser Begründung hat sich das Reichsgericht im Effekt auf die Seite derer gestellt, welche die Möglichkeit der Unsittlichkeit des dinglichen Uebereignungsgeschäfts leugnen. Hätte das Reichsgericht die Möglichkeit der Unsittlichkeit des Uebereignungsgeschäftes anerkennen wollen, so hätte es nicht zu dem Ausweg der Bedingung greifen müssen.

Wenn das Reichsgericht offenbar im Anschluß an v. Schey a. a. O. S. 98 auf dem Umwege der Bedingung eine Abhängigkeit des Uebereignungsgeschäftes von dem Kausalgeschäft angenommen hat, so mag dieses dem Reichsgericht erlaubt sein. Ueber das Bedenkliche dieser Annahme vgl. Neumann, JW. 1903 S. 256, Nissen, JW. 1904 S. 348. Ob ein Untergericht diese Konstruktion gewagt hätte, ist zu bezweifeln.[1])

Wie sollen die Vertragschließenden den Willen haben, die Wirksamkeit des Kausalgeschäfts als Bedingung für das Uebereignungsgeschäft zu setzen, wenn sie an die Eventualität der Unwirksamkeit des Kausalgeschäfts gar nicht denken? Wie hätte wohl das Reichsgericht den Fall entschieden, wenn sich das Uebereignungsgeschäft auf ein Grundstück bezogen hätte, bei dem nach § 925 II BGB. das Uebereignungsgeschäft bedingt überhaupt nicht abgeschlossen werden kann? Wenn der von dem Reichsgericht beliebte Ausweg Schule macht, wenn die durch Gesetz geschaffene Unabhängigkeit des abstrakten Uebereignungsgeschäfts von dem Kausalgeschäft durch die Hintertür des vermuteten (!) Parteiwillens wieder eingeführt werden kann, dann begreift man nicht, wie Zitelmann die Zerlegung des einheitlichen Rechtsgeschäftes in Mittel und Zweck — Kausalgeschäft und abstraktes Uebereignungsgeschäft — preisen konnte als: „eine der größten und folgenschwersten Taten des menschlichen Geistes, eine Tat, ohne welche die gesamte Entwickelung unseres modernen Vermögensverkehrsrechts unmöglich wäre." (Allgem. österr. Gerichtszeitung 1897 S. 249.)

Der von dem Reichsgericht gewählte Ausweg ist auch nicht gangbar; er würde zu der von dem BGB. ausdrücklich verworfenen — Motive I 249; ROLG. Bd. 2 S. 383 — Lehre von der Voraussetzung als der unentwickelten Bedingung führen, ja noch mehr, er würde der Voraussetzung geradezu die Kraft der Bedingung geben. Wenn man mit der Bedingung operieren will, dann kann man höchstens soweit gehen, wie Dernburg in seinen Pandekten Bd. I § 213 Anm. 9, wo er sagt:

> „Im Zweifel ist anzunehmen, daß dann, wenn die Tradition behufs eines erst abzuschließenden Kaufvertrags erfolgt, die Uebereignung nur für den Fall des gültigen Zustandekommens des Geschäftes gewollt ist."

In allen anderen Fällen aber wird man Bähr a. a. O. S. 16 zustimmen müssen, wenn er ausführt:

> „Der Gegensatz von Voraussetzung und Bedingung läßt nun auch erkennen, in welcher Weise die Tradition ausnahmsweise zu ihrem Rechtsgrund in ein Abhängigkeitsverhältnis gesetzt werden kann. Es geschieht dieses dadurch, daß der Tatbestand des Rechtsgrundes, statt als causa zu dienen, zur Bedingung der Eigentumsübertragung erhoben wird. Dieses bedarf aber bei der Tradition stets eines ausdrücklichen Vorbehalts."

Aehnlich wie der 7. Zivilsenat hat auch der III. Strafsenat in einer in der Jur. Wschr. 1903 S. 83 veröffentlichten Entscheidung mit der Gültigkeit des Kausalgeschäfts als „Bedingung" operiert. Auch er hat, um den Angeklagten wegen Unterschlagung verurteilen zu können, angenommen, daß die Uebertragung des Wechsels von der Gültigkeit des Kausalgeschäfts als Bedingung abhängig gemacht sei. Derselbe Strafsenat hat in seiner im Recht 1904 S. 534 veröffentlichten Entscheidung vom 26. Dezember 1904 die Möglichkeit, daß das Uebereignungsgeschäft selbst gegen die guten Sitten verstoßen könne, anerkannt mit folgender Begründung:

> „Die Einigung über den Eigentumsübergang ist trotz ihrer Selbständigkeit und abstrakten Natur ein Rechtsgeschäft, als solches den allgemeinen Regeln in §§ 104 ff. unterworfen und kann ebenso wie andere Rechtsgeschäfte durch Willensmängel in seinem Bestande beeinträchtigt werden. Verstößt der Verkauf unzüchtiger Bilder gegen die guten Sitten, so ist im einzelnen Fall zu untersuchen, ob mit Rücksicht auf die konkreten Umstände des Falles eine Fortdauer dieses dem Kausalgeschäft anhaftenden Willensmangels bei Vornahme des Eigentumsübertragungsgeschäftes anzunehmen ist, dieses also gegen § 138 BGB. verstößt."

Diese Argumentation des Reichsgerichts ist nicht überzeugend. Die rechtsgeschäftliche

[1]) Auch Förster a. a. O. hat sich gegen diese Konstruktion erklärt.

Natur des Uebereignungsgeschäftes ist allerdings fast nicht bestritten. Sie wird auch von denen zugegeben, welche die Möglichkeit der Unsittlicheit des Uebereignungsgeschäftes in Abrede stellen. Auch Bähr, Crome, Enneccerus, Endemann, Stammler, Kohler, Krückmann, Oertmann, v. Scheη und Klein geben zu, daß die Uebereignung ein zweiseitiges Rechtsgeschäft ist, auf das, wie auf alle anderen Rechtsgeschäfte, auch die allgemeinen Lehren über die Rechtsgeschäfte, § 104 ff. Anwendung finden.

Unbedenklich kommen daher auch beim Uebereignungsgeschäft die Vorschriften zur Anwendung wie die über Geschäftsfähigkeit, über Scheingeschäfte, Anfechtbarkeit wegen Irrtum und Betrug. (Vgl. darüber die Abhandlungen in JW. 1904 S. 134 Carsten, 1904 S. 348 Nissen, 1904 S. 349 Kaufmann und ROLG. Bd. 10 S. 137.)

Wenn Bähr und Genossen die Anwendbarkeit des § 138 auf das Uebereignungsgeschäft verneinen, so folgern sie dieses mit Recht aus der Natur des Uebereignungsgeschäftes als eines abstrakten Rechtsgeschäftes.

Dieses kann begrifflich nicht gut oder böse sein. Nachdem einmal der Gesetzgeber bei der Einigung das große Prinzip des abstrakten Rechtsgeschäfts angenommen und die Bedenken derer, welche die Zerlegung des Vorgangs bei der Eigentumsübertragung in drei getrennte selbständige Elemente, Kausalgeschäft, Leistungsgeschäft und Eintragung als nicht der Auffassung des Lebens entsprechend bekämpften und die Einheitlichkeit des ganzen Geschäftes betonten, zurückgewiesen hat — Protokolle III 52 ff. —, so müssen aus diesem Prinzip auch die notwendigen Folgerungen gezogen werden.

Mit Naturnotwendigkeit aber folgt aus diesem Prinzip, daß die „Einigung" an sich absolut indifferent gegen gut oder bös ist und die juristisch-ethische Wertung der Vermögenszuwendung lediglich die causa trifft. Das Reichsgericht hat aus der abstrakten Natur des von dem Bewucherten ausgestellten Wechsels in feststehender Rechtsprechung die Folgerung gezogen, daß er nicht nichtig, sondern nur kondizierbar ist. (RGZ. Bd. 8 S. 97, 39 S. 144; JW. 1898 S. 288, 1900 S. 262.) Dieselbe Folgerung muß aus der abstrakten Natur der Einigung gezogen werden. Sie ist auch vom Reichsgericht offensichtlich in folgenden Fällen gezogen worden:

In RGZ. Bd. 48 S. 297 erkennt das Reichsgericht an, daß derjenige, welcher von einem Dieb die mit dem gestohlenen Geld angeschafften Wertpapiere in Kenntnis des Diebstahls annimmt, an sich Eigentümer der Wertpapiere wird und daß nur die condictio ob turpem causam in Frage kommen kann. Von derselben Ansicht geht das Reichsgericht in der in Seuff.A. Bd. 53 Nr. 81 enthaltenen Entscheidung aus. Auch in diesem Falle hätte das Reichsgericht, wenn es den Uebereignungsvertrag wegen Unsittlichkeit des Kausalgeschäfts als nichtig angesehen hätte, die Klage abweisen müssen. Auch in dem in RGZ. Bd. 58 S. 204 behandelten Fall hat sich das Reichsgericht offensichtlich auf denselben Standpunkt gestellt. Hier hat A auf Grund eines unsittlichen Schweigevertrages dem B eine Forderung erlassen, dann aber doch die Forderung eingeklagt. Das Reichsgericht hat den Erlaß an sich als rechtswirksam behandelt. Es hat lediglich den Bereicherungsanspruch auf Grund des § 817 BGB. für ausgeschlossen erklärt. Hätte es sich auf den Standpunkt gestellt, daß der Erlaß selbst wegen Unsittlichkeit rechtsunwirksam sei, so hätte es zur Frage der Anwendung des § 817 BGB. gar nicht kommen können und den Fall im entgegengesetzten Sinn entscheiden müssen. (Vgl. zu dieser Entscheidung Neumann, JW. 1904 S. 440.)

Dagegen scheint das Reichsgericht in einer in der JW. 1904 S. 501 veröffentlichten Entscheidung davon ausgegangen zu sein, daß die auf einem unsittlichen Kaufvertrag beruhende Uebereignung rechtsunwirksam sei. Entgegengesetzten Falles hätte es nicht sagen können, daß auf Grund eines gegen den Veräußerer erlangten vollstreckbaren Titels die zur Vereitelung der Gläubigerrechte veräußerten Gegenstände unmittelbar der Zwangsvollstreckung unterstellt werden könnten. Die Gründe, welche Dernburg Bürgerl.R. II S. 601 Anm. 2 und ihm folgend Neubecker a. a. O. S. 88 für die Unterstellung des Uebereignungsgeschäfts unter § 138 BGB. anführen, sind nicht überzeugend.

Dernburg meint:

> „Die Loslösung der Uebereignung von der causa beruhe auf privatem Willen. Die Frage, ob eine Handlung ethisch verwerflich sei, also dem öffentlichen Wohl zuwiderlaufe, könne von dem Willen der Beteiligten nicht abhängig gemacht werden."

Wenn der Vordersatz der Dernburgschen Schlußfolgerung richtig wäre, so würde man ihr wohl zustimmen müssen. Allein er ist nicht richtig, wenigstens nicht bei der Uebereignung. Bei dieser beruht die Abstraktheit in dem Gesetz, weil dieses die Uebereignung nur als abstraktes Rechtsgeschäft kennt. Es steht nicht im Belieben der Parteien, ob sie die Uebereignung abstrakt wollen oder nicht. Man kann daher auch nicht sagen, es stünde im Belieben der Parteien, eine wegen ihrer Unsittlichkeit nichtige Uebereignung dadurch rechtswirksam zu machen, daß sie diese in ein abstraktes Geschäft einkleiden. (Crome II S. 1001.) Die Ansicht Dernburgs läuft auf eine unzulässige Verquickung des Uebereignungs- und des Kausalgeschäfts hinaus, vor welcher Jacubezky in Seuff. Bl. Bd. 68 S. 452 warnt.

Ob die Ansicht Dernburgs für die abstrakten Rechtsgeschäfte zutrifft, bei denen, wie z. B. bei dem Schuldanerkenntnis und selbständigen Zahlungsversprechen, die Loslösung der Zuwendung von der causa ausschließlich auf privater Willkür beruht, soll hier nicht näher erörtert werden. Die

Streitfrage ist abgesehen von Crome a. a. O. ausführlich erörtert und bejahend entschieden von Neubecker a. a. O. S. 34 ff., während die gegenteilige Meinung, abgesehen von dem grundlegenden Werk von Bähr „Anerkennung als Verpflichtungsgrund" am entschiedensten von Oertmann in der Allgemeinen österr. Gerichtszeitung 1897 S. 249 und in der Jur.-Ztg. 1902 S. 106, ferner von Thur in der Festschrift zu August Sigmund Schultes 70. Geburtstag S. 28 ff. und von Collatz in Iherings J. Bd. 40 S. 127 vertreten wird.

Es darf also die aufgeworfene und, wie wir gesehen haben, äußerst zweifelhafte und ungemein bestrittene Frage:

„Ob nicht die Uebereignung des Bordells wegen Verstoß gegen § 138 BGB. als nichtig zu erachten und deshalb der Widerklage des Verkäufers auf Zurückgabe des Bordells stattzugeben ist?"

wohl verneint werden. Insoweit also erweist sich die Entscheidung des Landgerichts als richtig.

B) Hat der Bordellverkäufer die Bereicherungsklage aus § 812 BGB.?

Das Landgericht hat diese Frage auf Grund des § 817 Satz 2 verneint. § 817 BGB. bestimmt:

„War der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, daß der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat, so ist der Empfänger zur Herausgabe verpflichtet. Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt."

An Stelle dieser gesetzlichen Vorschrift hat das Landgericht den Satz gesetzt:

„Gegen beide Teile sei der Vorwurf begründet, durch die Abschließung des Vertrages gegen die guten Sitten verstoßen zu haben; nach dem Satz in pari turpitudine melior est condicio possidentis könne keiner zurückfordern, was er auf Grund des Vertrages geleistet habe."[1])

Das Landgericht nimmt hiernach als selbstverständlich an, daß jede Leistung, welche auf Grund eines unsittlichen Vertrages erfolgt, eo ipso auch einen unmoralischen Zweck habe.

Dieser Ausgangspunkt ist nicht richtig. Nicht jede auf Grund eines wegen Verstoßes gegen § 138 BGB. nichtigen Vertrages erfolgte Leistung fällt unter § 817 BGB. Es kann der Abschluß eines Vertrages gegen ein Verbots-Gesetz verstoßen, ohne daß auch die Erfüllung des Vertrages verboten ist. (JW. 1904 S. 407.) Hölder BGB. § 138c weist mit Recht darauf hin, daß ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstoßen könne, ohne daß durch seine Vollziehung ihnen zuwidergehandelt wird. Um so weniger ist der Schluß gerechtfertigt, daß der Vollzug eines unsittlichen Rechtsgeschäfts eo ipso einen unsittlichen Zweck verfolge. Ein Rechtsgeschäft kann gegen die guten Sitten verstoßen, ohne daß die Beteiligten sich dessen bewußt sind — JW. 1899 S. 348 —, von einem Verstoß gegen die guten Sitten durch Hingabe und Empfang im Sinne des § 817c kann nur die Rede sein, wenn dabei der verwerfliche Zweck der Leistung den Beteiligten bewußt ist. (Crome II 1003.) Es ist auch ganz selbstverständlich, daß aus der Anwendung ungesetzlicher Mittel noch nicht die Verfolgung eines ungesetzlichen Zweckes gefolgert werden kann. (RGSt. Bd. 16 S. 295.) Der Zweck und die Mittel müssen allerdings immer gewollt sein, aber Zweck als Zweck und Mittel als Mittel.

Aus all' dem ergibt sich, daß es nicht genügt, mit dem Landgericht zu sagen:

„Weil der Abschluß des Bordellverkaufs gegen die guten Sitten verstieß, erfolgte auch die Erfüllung dieses Vertrages zu einem unsittlichen Zwecke."

§ 817 BGB. macht den Ausschluß des nach § 812 BGB. gegebenen Rückforderungsanspruchs von dem besonders gearteten Zweck der Leistung abhängig. Darin liegt das Eigentümliche der Bestimmung. Denn regelmäßig läßt das objektive Recht einen der Leistung zugrunde liegenden Zweck des Veräußerers ganz außer Betracht. Dieser bewegt sich in der Regel auf dem wirtschaftlichen, nicht auf dem Rechtsgebiete. Nur dann, wenn die Zweckvorstellung, die den Willen des Gebers zur Leistung bestimmt, eine unmoralische, auf verwerflicher Gesinnung beruhende ist, ist die Rückforderung ausgeschlossen. (Goldmann-Lilienthal I S. 866, 872, Cohn in der JZ. 1904 S. 854, Seuff.A. Bd. 59 Nr. 81 und BayObLGZ. I S. 700.)

Der Mieter, welcher den Mietpreis für ein Bordell im voraus bezahlt, verfolgt mit der Leistung einen unmoralischen Zweck, die Rückforderung des Mietpreises ist daher ausgeschlossen. (ROLG. Bd. 2 S. 219.) Wenn A dem B zum Zwecke der Fortsetzung des verbotenen Spiels ein Darlehen gibt, so liegt die Unsittlichkeit gerade in der Zweckbestimmung des Geldes, zur Fortsetzung des Spiels zu dienen. Hier verstoßen A und B durch Hingabe und Annahme des Geldes gegen die guten Sitten. (ROLG. Bd. 5 S. 107.)

Wenn A dem B zum Zwecke der Bestechung eine Summe gibt, so kann er sie nicht mehr zurückfordern. Die Zweckvorstellung des Gebers ist derart unmoralisch, daß A und B gegen die guten Sitten verstoßen. (JW. 1900 S. 139.)

Wenn dagegen in unserm Fall der Bordellverkäufer dem Käufer das Bordell übereignete, so hat er neben der ihm nach dem Vertrag obliegenden Leistung nicht noch einen besonderen Zweck verfolgt. Dem Käufer stand nach der Uebereignung frei, mit und auf dem Grundstück anzufangen,

[1]) Ebenso auch Förster a. a. O., aber ohne nähere Begründung. Auch die gemeine Meinung scheint dieser Ansicht zu sein, indem sie „Zweck" mit causa identifiziert.

was er wollte. Der Veräußerer sollte nach dem Vertrag kein Recht darauf haben, daß der Bordellbetrieb fortgesetzt werde. Es liegt daher der Fall des § 817 BGB. überhaupt nicht vor. (ROLG. Bd. 9 S. 16.) Der Verkäufer stützt seinen Anspruch auf Rückgabe des Bordells nicht auf die Behauptung: der Zweck der Uebereignung sei derart unmoralisch, daß der Käufer durch die Annahme gegen die guten Sitten verstoßen habe, sondern darauf, daß der Kaufvertrag gegen die guten Sitten verstoße, daß die Uebereignung wegen Verstoßes gegen § 138 BGB. nichtig, der Käufer das Anwesen ohne gerechtfertigten Grund besitze und daher nach § 812 BGB. zur Herausgabe verpflichtet sei.

Gegenüber dieser Klage kommt die Einrede, der Verkäufer habe seinerseits gegen die guten Sitten verstoßen, nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes gar nicht in Betracht. (ROLG. Bd. 8 S. 422, Eccius, JZ. 1903 S. 42.)

Die Anschauung des Landgerichts: „Der römischrechtliche Satz: in pari turpitudine melior est condicio possidentis" sei in § 817 BGB. im vollen Umfang Gesetz geworden, ist gar nicht richtig. Wäre dieses der Fall, wäre der durch den beiderseits unsittlichen Kaufvertrag geschaffene Besitzstand einfach aufrecht zu erhalten und könnte seine Abänderung von keinem Teil durch Klage herbeigeführt werden, dann wäre auch die Löschungsklage des Bordellkäufers ausgeschlossen. Dieser Satz ist nur teilweise und nur insoweit Gesetz geworden, als § 817 es bestimmt. Darüber hinaus nicht. Sofern also im einzelnen Fall die Beteiligten durch Hingabe und Annahme der Leistung nicht einen unmoralischen Zweck verfolgten, kann trotz Vorliegens beiderseitiger turpitudo bei Vertragsabschluß von einer Anwendung des angeführten römisch-rechtlichen Grundsatzes keine Rede sein.

Das Reichsgericht hat anerkannt, daß dieser Grundsatz nicht auf allgemeinen Rechtsgrundsätzen, sondern auf einer besonderen positiven Vorschrift des RR. beruht, daß er also im Gebiete des code civil, der eine dem § 817 BGB. ähnliche Vorschrift nicht enthält, überhaupt nicht anwendbar ist. (RGZ. Bd. 40 S. 326.) Daraus folgt wiederum, daß der angeführte römische Rechtsgrundsatz im Gebiete des BGB. nicht schlechthin, sondern nur in der ihm in § 817 BGB. gegebenen Begrenzung Anwendung finden darf.

Würde dieser Grundsatz als solcher in seinem vollen Umfang durchgeführt, dann gelangte man zu den absurdesten Ergebnissen: Dann könnte der Vermieter eines Bordells trotz der Nichtigkeit des Mietvertrages während der verabredeten Mietsdauer sein Anwesen von dem Mieter nicht zurückverlangen, obwohl er sich dadurch, daß er sein Eigentum weiterhin zu Unzuchtszwecken benützen läßt, der Kuppelei schuldig machen würde. Diese unglaubliche Folgerung hat auch das von dem Landgericht zitierte Urteil des OLG. Hamburg in ROLG. Bd. 7 S. 11 gezogen. Es hat die Klage des Vermieters auf Rückgabe des Bordells auf Grund des § 817 BGB. abgewiesen.

Daß diese Entscheidung geradezu unvernünftig ist, bedarf keiner Ausführung. Es genügt, auf die gegenteiligen Entscheidungen in ROLG. Bd. 7 S. 217, Bd 8 S. 422 und Bd. 10 S. 252, insbesondere auf die in SeuffBl. Bd. 67 S. 373 veröffentlichte Entscheidung des Reichsgerichts zu verweisen.

Das Resultat der gepflogenen Betrachtungen ist folgendes:

I) Die Klage des Bordellkäufers auf Löschung der Kaufpreishypothek ist auf Grund der exceptio doli generalis abzuweisen, sofern er sich nicht seinerseits zur Herausgabe des Bordells bereit erklärt.

II) Der Widerklage des Bordellverkäufers auf Herausgabe des Bordells Zug um Zug gegen Zurückgabe der empfangenen Anzahlung ist, wenn man in Anlehnung an die Rechtsprechung des III. Strafsenats des Reichsgerichts und an die Lehre Dernburgs aus der Unsittlichkeit des Kaufvertrages auch die Nichtigkeit der Uebereignung folgert, auf Grund des § 985 BGB., außerdem aber auf Grund des § 812 BGB. stattzugeben.

---

## Zur Behandlung der Kautionshypothek im Zwangsversteigerungsverfahren.

Von Amtsrichter Dr. **Koch** in München.

Die Kautionshypothek („Zinsen- und Kostenkaution") des bisherigen bayerischen Rechts ist seit dem Inkrafttreten des neuen Liegenschaftsrechtes Sicherungshypothek, und zwar Höchstbetragshypothek im Sinne des § 1190 BGB. Als solche ist sie eigentümerhypothekfähig. In klarer und unzweideutiger Weise hat der oberste Gerichtshof in seinem Beschlusse vom 23. Juni 1905 dies dargetan. (Vergl. S 350 dieser Zeitschrift.) Man begegnet vielfach der Auffassung, durch den in Aussicht stehenden Beschluß des Reichsgerichts, dem die weitere Beschwerde gemäß § 28 FGG. vorgelegt wurde, werde möglicherweise in diesem Punkte eine andere Entscheidung getroffen werden. Diese Auffassung erscheint nicht zutreffend. Die Beschwerde ist dem Reichsgericht nur hinsichtlich der strittigen Fragen bezüglich der Pfändung der Eigentümerhypothek zur Verbescheidung überwiesen, nicht aber hinsichtlich der Vorfrage, ob die bayerische Kautionshypothek eigentümerhypothekfähig ist; abgesehen davon, dürfte es sich hierbei um nicht revisibles Landesrecht handeln, und aus diesem Grunde auch wohl im Prozeßwege eine andere Entscheidung in diesem Punkte durch das Reichsgericht nicht herbeigeführt werden können.

Die Kautionshypotheken sind hiernach als eigentümerhypothekfähig zu behandeln. Hierdurch ergeben

sich vor allem im Zwangsversteigerungsverfahren eine Reihe von Fragen, deren Beantwortung in der Praxis Schwierigkeiten verursacht. Im nachfolgenden sollen einige dieser Fragen herausgegriffen und ihre Lösung versucht werden.

Voranzustellen wäre, daß die Kautionshypothek als Höchstbetragshypothek noch nicht Eigentümerhypothek ist, sondern nur die Fähigkeit hat, zur Eigentümerhypothek zu werden. Dies tritt dann ein, wenn es sich nach Maßgabe des zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts entschieden hat, daß und in welchem Betrage die Forderungen, zu deren Sicherheit sie eingetragen ist, unter dem Höchstbetrage bleiben (RG. Bd. 51 S. 115), also insbesondere dann, wenn die Hypothekforderung, für deren Nebenforderungen sie bestellt ist, erlischt. Nach alledem ergibt sich folgendes:

1. Ist die Hypothek, neben welcher die Kautionshypothek als Unterhypothek bestellt ist, gemäß § 44 ZwVG. bei der Feststellung des geringsten Gebotes zu berücksichtigen, so ist auch die Kautionshypothek als solche vom Versteigerungsbeamten in das geringste Gebot einzusetzen. Es ist in der Praxis vorgekommen, daß in einem solchen Falle die Kautionshypothek als Eigentümerhypothek des Subhastaten in das geringst zulässige Gebot eingesetzt wurde, nachdem der Versteigerungsbeamte durch Befragen der Hypothekgläubigerin festgestellt hatte, daß auf die Kautionshypothek Forderungen nicht entstanden waren. Dieses Verfahren kann nicht als richtig bezeichnet werden. Die Frage, ob eine Hypothek Eigentümerhypothek geworden ist, ist erst bei Ausweisung des Strichschillings nach Maßgabe des § 144 ZwVG. und im Verteilungsverfahren zu berücksichtigen und zu beantworten, nicht schon vor der Versteigerung. In diesem Zeitpunkte kann sie auch endgültig nicht beantwortet werden, da die Rechtsänderungen erst mit dem Zuschlag eintreten. Bis dahin besteht das Recht des Gläubigers aus der Hypothek und der Kautionshypothek. Ist letztere demzufolge mit ins geringste Gebot aufzunehmen, so ergibt sich nun weiter: Gem. § 52 ZwVG. bleiben die im geringsten Gebot berücksichtigten Rechte bestehen, also mit der Hypothek auch die Kautionshypothek für den bisherigen Hypothekgläubiger. Der Hypothekgläubiger verliert kein Recht, das er bisher besaß, ihm verbleibt demzufolge auch die Kautionshypothek. Es tritt keineswegs eine Auflösung des bisher bestandenen Rechtsverhältnisses ein, so daß nunmehr eine Eigentümerhypothek entstehen könnte, die Hypothekforderung, für deren Nebenansprüche die Kautionshypothek haftet, besteht eben weiter, und hieran ändert auch der Umstand nichts, daß möglicherweise in der persönlichen Haftung für die Hypothekforderung gem. § 53 ZwVG. eine Aenderung eintritt.

2. Ist eine Hypothek mit ihrer Kautionshypothek nicht in das geringste Gebot aufzunehmen, so ist folgendes zu erwägen: Gemäß §§ 91, 52 ZwVG. erlischt die Hypothek durch den Zuschlag. Hier ist demzufolge für die Berücksichtigung einer aus der Kautionshypothek entstandenen Eigentümerhypothek Raum. Mit dem Augenblicke des Zuschlags nämlich steht fest, daß eine Forderung auf die Kautionshypothek nicht mehr entstehen kann, und in diesem Zeitpunkte wird sie Eigentümerhypothek, insoweit sie nicht in Anspruch genommen ist, und zwar für den Regelfall eine solche des Subhastaten. Sie erlischt nun allerdings durch den Zuschlag selbst; aber der ihr zugrundeliegende Anspruch muß gemäß § 10 Ziff. 4 ZwVG. bei der Verteilung des Versteigerungserlöses berücksichtigt werden. Insoweit dieser reicht, muß der Eigentümerhypothekar vor dem darauffolgenden Hypothekgläubiger befriedigt werden. Die darin liegende Härte kann in den Fällen, in welchen ein nachfolgender Hypothekgläubiger Ansteigerer ist, meist dadurch gemildert werden, daß dieser der Forderung des Subhastaten aus seiner Eigenthümerhypothek gegenüber gemäß § 387 ff. BGB. mit seiner nicht zum Zuge gekommenen Forderung aufrechnet. Der Vollstreckungsrichter hat also den Anspruch aus der Eigentümerhypothek in den Verteilungsplan einzusetzen und im Falle des § 144 ZwVG. darauf zu achten, daß diese Forderung befriedigt ist.

Hierbei hat sich nun eine weitere Frage ergeben: Ist der Eigenthümerhypothekar im Gleichrang mit dem Haupthypothekgläubiger zu befriedigen, oder hat er nur Anspruch auf Befriedigung nach diesem?

Nach den Ausführungen in dem angezogenen Beschlusse des obersten Landesgerichts muß die Kautionshypothek als selbständige (Sicherungs-) Hypothek neben der eigentlichen Hypothek erachtet werden. Sie ist unter dem gleichen Datum im Hypothekenbuch eingetragen, und es muß ihr hiernach gemäß §§ 23, 60 HypGes.Art. 184 EG. z. BGB. Gleichrang mit der Haupthypothek eingeräumt werden. Dies bedingt aber auch dementsprechende Behandlung im Gleichrang bei der Befriedigung. Die Folge hievon ist, daß z. B. falls auf eine Hypothek zu 40000 Mk. ein Versteigerungserlös im gleichen Betrag entfällt, dann, wenn die 10% Unterkautionshypothek im vollen Betrag zu 4000 Mk. Eigentümerhypothek wurde, auf die Hypothek selbst bei Verteilung des Strichschillings nur der anteilmäßige Betrag von etwa 36363 Mk. fällt. Es ist wohl mit Sicherheit zu erwarten, daß schon mit Rücksicht auf die möglichen schweren Schädigungen, die für die Hypothekgläubiger hierdurch eintreten können, diese Auffassung heftigem Widerspruche begegnen wird. Es wird, wohl nicht mit Unrecht, darauf hingewiesen werden, daß es bei Bestellung der Kautionshypothek niemals in der Absicht der Parteien gelegen gewesen war, hiermit ein bei Befriedigung im Gleichrang mit der Hauptforderung zu berücksichtigendes Recht zu schaffen, eine Tatsache, die

jedoch hier nicht ausschlaggebend sein kann. Weiterhin werden wohl auch die beiden Hypotheken als einheitliche Hypothek behandelt und die Gleichrangbefriedigung mit einer entsprechenden Anwendung des im § 1176 BGB. enthaltenen Satzes abgelehnt werden, daß die entstandene Eigentümerhypothek nicht zum Nachteile der Hypothek geltend gemacht werden kann. Allein dies widerspricht der Grundauffassung der Kautionshypothek als einer selbständigen Hypothek. Für jeden Fall werden bei der gegebenen Sachlage, bis die einheitliche Behandlung dieser Frage durch die Praxis auf Grund einer oberstrichterlichen Entscheidung gewährleistet ist, die Hypothekgläubiger, vor allem die Banken, nach Möglichkeit dahin zu trachten haben, daß bei künftigen Zwangsversteigerungen ein Gebot gelegt wird, in dem auch der volle Betrag der Kautionshypothek Deckung findet. Daß dies in praxi zu vielfachen Schwierigkeiten Anlaß geben wird, kann mit Sicherheit vorausgesehen werden. —

Vor allem aus Anlaß der Behandlung der Kautionshypothek als Eigentümerhypothek hat in der Praxis auch die Frage eine verschiedene Beantwortung gefunden, ob in einem nach altem Recht anhängigen Verfahren die Entstehung einer Eigentümerhypothek zu berücksichtigen ist. Steiner hat sie in seinem Kommentar (A. 2 zu § 15 EG. z. ZwVG.) verneint. Unter Bezugnahme auf Planck A. 11 zu Art. 192 EG. z. BGB. betont er, daß, soweit es zur Durchführung des anhängigen Verfahrens erforderlich ist, die geschehene Ueberleitung der Rechtsgebilde alten Rechts in solche des BGB. als nicht erfolgt angesehen werden könne, daß insbesondere der Inhalt und der Umfang der hypothekarischen Haftung des Grundstücks nach altem Rechte zu beurteilen ist und daß demzufolge auch im anhängigen Verfahren die Entstehung einer Eigentümerhypothek nicht geltend gemacht werden kann. Der letzteren Auffassung kann nicht beigepflichtet werden. Zunächst steht außer Zweifel, daß ein nach altem Recht anhängiges Zwangsversteigerungsverfahren die am 1. Mai 1905 für einen großen Teil Bayerns erfolgte Ueberleitung des alten Rechts in das neue Liegenschaftsrecht nicht hindern konnte, daß demnach auch in diesem Falle die Hypotheken des alten Rechts in solche des BGB. sich verwandelten und auch an einem beschlagnahmten Grundstücke eine Eigentümerhypothek entstehen konnte. Aus dem im § 15 EG. z. ZwVG. enthaltenen Satze, daß ein anhängiges Verfahren nach den Landesgesetzen zu erledigen ist, ist zunächst zu entnehmen, daß die alten Verfahrensvorschriften in Geltung bleiben, ferner daß auch die materiellen Wirkungen des Verfahrens nach altem Rechte sich bestimmen (RG. 48 S. 38), endlich daß, nachdem die SubhOrdg. nicht nur Verfahrens- sondern auch materiellrechtliche Vorschriften enthält, das neue Liegenschaftsrecht insoweit keine Anwendung finden kann, als es diesen materiellrechtlichen Vorschriften widerstreitet. Dies ist jedoch bezüglich der Eigentümerhypothek nicht der Fall. Die Subhastationsordnung enthält weder eine prozeß- noch eine materiellrechtliche Vorschrift, die der Berücksichtigung der Eigentümerhypothek entgegenstünde. Im Gegenteil. In den Vorschriften über die Art und Weise und die Reihenfolge der Befriedigung im Verfahren verweist das Gesetz in Art. 108 Ziff. 2 hinsichtlich der Hypotheken und ihres Inhalts auf die „einschlägigen Gesetze" in den Landesteilen rechts und links des Rheins, es wird also ausdrücklich auf das geltende Zivilrecht Bezug genommen. Daß Aenderungen dieses Zivilrechts im Wege der Landesgesetzgebung, wie z. B. die Novelle zum Hypothekengesetz, hierbei zu berücksichtigen waren, steht außer Zweifel. Es ist aber kein Grund abzusehen, warum die durch das BGB. herbeigeführten Aenderungen des Zivilrechts, also insbesondere das neue Hypothekenrecht nicht ebenso in Berücksichtigung zu ziehen wären. Der Vollstreckungsrichter wird deshalb auch in einem alten Verfahren, wenn die Versteigerung nach dem 1. Mai 1905 erfolgte, bei der Ausweisung des Strichschillings eine entstandene Eigentümerhypothek zu berücksichtigen haben und Anträge, nach Art. 94, 96 SO. zu verfahren, dann abweisen müssen, wenn in diesem Falle in den vorgelegten Nachweisen die Befriedigung des zum Zuge gekommenen Eigentümerhypothekars nicht dargetan ist.

## Mitteilungen aus der Praxis.

**Zu den Bestimmungen der Strafprozeßordnung über die Kosten des Verfahrens.** Daß die in dem 2. Abschnitt des 7. Buches der StPO. enthaltenen Bestimmungen über die Kosten des Verfahrens die Materie nicht ausreichend behandeln, wird der in der Praxis stehende Jurist öfters wahrnehmen. Ein gutes Gesetz soll zwar nicht allzu kasuistisch gefaßt sein. Immerhin muß es die grundlegenden Normen möglichst ausführlich enthalten. Daß dies bei unserer StPO. nicht der Fall ist, mögen die folgenden aus der Praxis geschöpften Fälle dartun.

1. Zwei Angeklagte haben sich nach dem Eröffnungsbeschluß wegen eines Vergehens der qualifizierten Körperverletzung zu verantworten, dadurch begangen, daß der Angeklagte A. dem X. einen Messerstich in den linken Oberarm versetzte, während gleichzeitig der Angeklagte B. ihn mit einem Stock auf den Kopf schlug. A., ein schon öfters bestrafter Mensch, wird wegen des Vergehens zu einer Gefängnisstrafe von zwei Monaten, B. hingegen, der noch nicht bestraft ist und in die Schlägerei durch das Vorgehen des A. hineingezogen wurde, überdies, wie sich in der Verhandlung herausstellte, mit einem ganz dünnen Spazierstock die Verletzung beifügte, wegen des gleichen Vergehens — in der Gemeinschaftlichkeit wurde das qualifizierende Moment erblickt — zu einer Geldstrafe von 15 Mark verurteilt. De lege lata — § 498 Abs. II StPO. — haften die beiden Angeklagten, die in bezug auf dieselbe Tat zu Strafe verurteilt sind, für die Auslagen als Gesamtschuldner. Dies entspricht nicht

der Billigkeit. Man stelle sich vor, daß möglicherweise wegen der Körperverletzung des A. viel mehr Zeugen geladen wurden als wegen der des B., daß ein ärztliches Gutachten wegen der Körperverletzung mittels Messers erhoben wurde und eventuell im Vorverfahren schon eine richterliche Vernehmung des Verletzten oder eines anderen Zeugen stattgefunden hatte. Der Fall kann auch so gelagert sein, daß B. schon in der ersten Verhandlung die Straftat gestand, A. sie bestritt, die Verhandlung ausgesetzt und weitere Zeugen geladen werden mußten und eine Verurteilung erst in der zweiten Verhandlung erfolgte, in der sich auch B. nochmals zu verantworten hatte, da das Gericht seine gesonderte Aburteilung in der ersten Verhandlung nicht für zweckmäßig erachtet hatte. Auch in diesem Falle haften die Mitangeklagten für die Auslagen als Gesamtschuldner. Es entspräche aber mehr der Billigkeit, wenn in beiden Fällen die Kosten angemessen verteilt würden. Eine angemessene Kostenverteilung kennt das Gesetz nur in dem Falle, daß den Anträgen des Privatklägers nur zum Teil entsprochen wurde oder ein Rechtsmittel teilweisen Erfolg hatte. §§ 503 und 505 StPO. Es wäre durchaus billig, wenn auch § 498 durch eine ähnliche Bestimmung ergänzt würde, etwa in der Weise, daß dem 2. Absatz des Paragraphen beigefügt würde: die Auslagen können angemessen verteilt werden, wenn die Strafen der Mitangeklagten der Art oder Höhe nach verschieden oder wenn durch die Verfolgung der Straftat des einen der Mitangeklagten besondere Kosten entstanden sind.

2. A. hat sich wegen qualifizierter Körperverletzung vor dem Schöffengerichte zu verantworten. In der Hauptverhandlung erscheint der Hauptbelastungszeuge nicht. Er war wohl geladen worden; da er aber nach der Ladung in Untersuchungshaft verbracht wurde, was der Amtsanwalt entweder nicht wußte oder übersah, unterblieb seine Vorführung. Der Angeklagte gibt ein Vergehen der einfachen Körperverletzung zu, bestreitet aber die qualifizierte Körperverletzung. Die Verhandlung muß deshalb vertagt werden. In der späteren Verhandlung wird der Angeklagte wegen eines Vergehens der einfachen Körperverletzung verurteilt. Gemäß § 497 StPO. hat der Angeklagte auch die unter Umständen erheblichen Kosten der ersten Verhandlung zu tragen, obwohl ihn in bezug auf diese Kosten durchaus keine Schuld trifft. Das Reichsgericht hat entschieden, daß die durch das Verschulden dritter Personen entstandenen Kosten, soweit nicht Zeugen, Sachverständige oder Verteidiger in Frage kommen — §§ 50, 77, 145 StPO. — von den Kosten im Sinne des § 497 StPO. nicht auszunehmen sind und nicht etwa der Staatskasse zur Last gelegt werden können, da die StPO. eine ähnliche Vorschrift wie § 102 ZPO. nicht enthalte, wonach Gerichtsschreiber, gesetzliche Vertreter, Rechtsanwälte und andere Bevollmächtigte durch das Prozeßgericht von Amts wegen zur Tragung der durch grobes Verschulden veranlaßten Kosten verurteilt werden können. Dem Angeklagten steht nur das Recht zu, im Zivilprozeßwege seinen Regreß an diejenigen zu nehmen, die die Kosten verursacht haben, vgl. Rspr. d. RG. in Straff. Bd. I S. 507 u. ff. De lege ferenda ist diese Entscheidung nicht zu billigen. Es erscheint nicht gerecht, daß ein Angeklagter auch die Kosten zu tragen hat, die er nicht verschuldet hat, und daß ihm zugemutet wird, seine Ersatzansprüche erst durch eine Klage geltend zu machen. Es wäre daher § 497 StPO. Abs. I folgendermaßen zu ergänzen: „die ohne sein Verschulden entstandenen Kosten hat er nicht zu tragen. Diese Kosten sind dem, der sie durch grobes Verschulden veranlaßt hat, oder der Staatskasse zur Last zu legen. In letzterem Falle bleibt das Recht des Staates — § 12 der GBO. schwebt mir vor — von dem Beamten, der die Kosten veranlaßt hat, Ersatz zu verlangen, unberührt."

3. Gegen A. hat das Amtsgericht einen Strafbefehl wegen Verübung groben Unfugs in Höhe von 15 Mark erlassen. Nach der Gendarmerieanzeige hat A. durch fortwährendes Schreien, Schimpfen und Aufschlagen von Biergläsern die Ruhe und Ordnung in der X.'schen Wirtschaft gestört. A. erhebt Einspruch, weil ihm die Strafe zu hoch erscheint. In der Hauptverhandlung bekundet der Hauptbelastungszeuge, seine früheren Angaben unter dem Eindrucke des Eides einschränkend, daß A. nur ein paarmal laut geschrien habe. A. wird zu einer Geldstrafe von 3 Mark verurteilt. Nach § 497 StPO. muß er alle Kosten tragen. Die Kosten können nun aber, da mehrere von dem Schöffengerichtssitz entfernt wohnende Zeugen zu vernehmen waren, eventuell auch Entlastungszeugen, viel größer sein als vor der Erhebung des Einspruchs, so daß der Angeklagte, auch wenn er eine geringere Strafe erhalten hat, finanziell mehr geschädigt ist als vorher. Es entspricht nicht der Billigkeit, daß dem Angeklagten sämtliche Kosten zur Last gelegt werden. Er trägt ja keine Schuld daran, daß zuerst eine dem Maße seines Verschuldens nicht entsprechende Strafe verhängt wurde, und hatte guten Grund, Einspruch einzulegen. Ich bin fest davon überzeugt, daß mancher Beschuldigte nur deshalb keinen Einspruch gegen den Strafbefehl erhebt, weil er die größeren Kosten scheut. Nach § 505 StPO. kann das Gericht, wenn das Rechtsmittel teilweisen Erfolg hatte, die Kosten angemessen verteilen. Der Einspruch ist zwar kein Rechtsmittel im Sinne der Strafprozeßordnung. Immerhin ist er seiner rechtlichen Natur nach einem Rechtsmittel nahe verwandt. In der Kostenbehandlung könnte diese Verwandtschaft dadurch zum Ausdruck gebracht werden, daß dem § 505 ein weiterer Absatz beigefügt würde des Inhalts: hatte der gegen einen Strafbefehl eingelegte Einspruch teilweisen Erfolg, so kann das Gericht die Kosten angemessen verteilen.

Amtsrichter Dosenheimer in Waldmohr.

---

**Zu §§ 53, 420 StPO. (Die Amtsverschwiegenheit bei Sühneversuchen).** Ein wegen Beamtenbeleidigung (§ 196 StGB.) Angeklagter erhob in der Hauptverhandlung gegen die eidliche Vernehmung der Hauptzeugin Erinnerung, da diese wegen Verbreitung der beleidigenden Aeußerungen zum Sühneversuch geladen in diesem Termine die Unwahrheit ihrer Behauptungen zugegeben habe, weshalb zunächst die zeugschaftliche Vernehmung des rechtskundigen Bürgermeisters, als Vertreters der Vergleichsbehörde, beantragt werde. Das Schöffengericht erachtete dieses Beweisthema für erheblich, beschloß die Aussetzung des Verfahrens und die Einholung der Genehmigung des § 53 StPO. zur Vernehmung des rechtskundigen Bürgermeisters. Die zuständige Kreisregierung, als vorgesetzte Dienstbehörde, hat dem Antrag des Richters auf Entbindung des Bürgermeisters von der Wahrung

des Amtsgeheimnisses **nicht** entsprochen, „weil das Vertrauen der Parteien zu den Vermittlungsämtern bald schwinden und die Autorität und Wirksamkeit dieser gesetzlichen Institution ganz wesentlich beeinträchtigt würden, wenn Vertreter der Vergleichsbehörden jederzeit über Vorfälle bei Sühneversuchen zeugschaftlich vernommen werden könnten".

Diese Entscheidung der Regierung steht vollständig im Einklange mit der seitherigen allgemeinen Anschauung und ist außerordentlich begrüßenswert, da der Standpunkt des Schöffengerichts in seiner Konsequenz **eine der wohltätigsten gesetzlichen Institutionen illusorisch machen würde.** Daß die Einrichtung des § 420 l. c. für die Allgemeinheit außerordentlich segensreich wirkt, weiß jeder Praktiker, und es bedarf auch keiner weiten Erörterungen, daß durch die gütliche Beilegung der Beleidigungen der Hauptzweck, d. i. die Wiederherstellung der verletzten Ehre, regelmäßig schneller, sicherer, billiger und dauerhafter erreicht wird, als durch eine prozeßrechtliche Verfolgung. An der Erhaltung und dem Schutze dieser Einrichtung besteht daher allgemeines Interesse, und wenn gleichwohl in den jüngst veröffentlichen Anträgen der „Deutschen Anti-Duell-Liga" zur Abänderung der StPO. die Aufhebung dieses Sühneversuchs angestrebt ist, so ist dies nur gerechtfertigt im Hinblick auf das gleichzeitig für Beleidigungssachen vorgeschlagene vollständig neue Verfahren, welches unter Ausschluß der Oeffentlichkeit jederzeit die Sühne ermöglicht. Gerade die unverbrüchliche Verpflichtung des Beamten zur Verschwiegenheit gibt aber den Sühneversuchen ihren eigentlichen Wert, gibt den Parteien den Mut zu unverhohlener gegenseitiger Aussprache und schafft damit die Grundlage zu einem Vergleiche. Vornehmlich durch das offene und reumütige Geständnis des Beschuldigten wird sich der Verletzte selbst bei schweren Beleidigungen häufig bereit finden, die Hand zur Versöhnung zu bieten. Wer aber könnte dem Schuldigen zumuten, offen und ehrlich sein Bedauern zu bekunden, wenn er hiebei Gefahr liefe, dem Gegner für den Prozeß die Beweise zu liefern? Ein offenes Bekenntnis zum Zwecke der Sühne würde ihm mitunter zur Ursache der Bestrafung. Andererseits wird aber auch beim Verletzten ohne reumütiges Bekenntnis der Schuld auf Verzeihung nicht zu rechnen sein.

Damit wäre also der Zweck der Sühne von vornherein vereitelt: entweder stünde ein gegenseitiges Zurückhalten und Mißtrauen jeder Versöhnung hinderlich im Wege, oder aber es würde der Sühnetermin, in welchem die Erregtheit der Parteien häufig noch zu neuen Beleidigungen führt, seiner Bestimmung entgegen eine Quelle weiterer Klagen sein.

Betrachtet man diese aus der Aufhebung des Amtsgeheimnisses für die **Gesamtheit** sich ergebenden Nachteile, so können die im konkreten Falle dem **einzelnen** etwa hieraus entspringenden Vorteile keinen entsprechenden Ausgleich bieten. Zieht man noch weiter in Erwägung, daß der Vertreter der Vergleichsbehörde nicht gleich dem Untersuchungsrichter verpflichtet ist, die objektive Wahrheit für **andere** Behörden zu finden, sondern die Wahrheit nur für seine Zwecke der Versöhnung sucht, daß die hiebei erzielten Geständnisse häufig nur des Friedens wegen, und daher oft auch in zweifelhaften Fällen mit oder ohne Vorbehalt gemacht werden, daß hiebei oft auch ein Mißverständnis oder Irrtum unterläuft, wie speziell in obigem Falle, in welchem das Gericht selbst später auf Grund der Beweiserhebung zur Ansicht kam, daß die Behauptung des Angeklagten irrtümlich und auf seine Schwerhörigkeit zurückzuführen ist, erkennt man hieraus, wie die Veröffentlichung der Vergleichsverhandlungen selbst für den konkreten Fall des Einzelnen oft noch zweifelhaften Wertes wäre, dann kann man sich wahrhaftig dem Wunsch nicht verschließen, daß die Gerichte, von ganz besonderen Ausnahmen abgesehen, auf die Vernehmung der Sühnebeamten verzichten möchten, da deren grundsätzliche Ladung **dem Einzelnen häufig genug keinen Vorteil der Gesamtheit aber Nachteil brächte.**

Dr. **Michel**, rechtsk. Bürgermeister in Landsberg a. L.

---

**Zur Auslegung der Art. 83, 84 Ue.G.** Auf Seite 340/1 wird folgender Fall besprochen: Die Ehegatten setzen sich in einem 1902 geschlossenen Ehevertrag wechselseitig zu Erben ein „unbeschadet der bestehenden Pflichtteilsansprüche". Die Frau stirbt mit Hinterlassung eines außerehelichen und dreier ehelicher Kinder. Es ist nur Errungenschaft vorhanden. Kurz nach der Frau stirbt auch der Mann ohne letztwillige Verfügung und ohne Ausschlagungserklärung nach Art. 84 Ue.G. Etwa 1½ Jahre nach dem Tode der Frau klagt die außereheliche Tochter gegen die ehelichen Kinder auf Herauszahlung des Pflichtteils unter Zugrundelegung der Hälfte des beim Ableben konstatierten Vermögens als Nachlaß der Ehefrau. Der Klage wird stattgegeben. Nach meiner — Seite 331/4 — begründeten Auffassung wäre die Klage abzuweisen. Man kann mit dem Gerichte dahin einig gehen, „daß der Pflichtteil nach § 2311 BGB. sich aus dem reinen Werte des Nachlasses beim Erbfall d. h. dem Tode der Ehefrau ohne Rücksicht auf letztwillige Verfügungen berechne, hienach aber als einziger Nachlaßbestandteil der Ausgleichungsanspruch der Erben der Ehefrau in Betracht komme, dessen reiner Wert angesichts der unbestrittenen vollen Einbringlichkeit gleich der Errungenschaftshälfte sei". Es ist richtig: als einziger Nachlaßbestandteil kommt der Ausgleichungsanspruch der Erben der Frau in Betracht. — Wer sind die Erben? Die 3 ehelichen und das außereheliche Kind. Die ehelichen einmal kraft eigenen Rechts unmittelbar und weiter mittelbar als Erben des Vaters, der ja auch Gesetzeserbe der Mutter ist. Ihnen zu **viert** steht **gemeinschaftlich** der Ausgleichungsanspruch zu; falls **nur eines nicht** zustimmt, wird **nicht** ausgeglichen. — Hier haben aber offenbar alle 3 ehelichen Kinder niemals zugestimmt, also konnte ein Ausgleichungsanspruch nie geltend gemacht werden. Ein Nachlaß, der Gegenstand des Pflichtteilsanspruchs sein könnte, war daher nie vorhanden, die Klage daher abzuweisen. Das Ergebnis erscheint befriedigender als die Zubilligung des Pflichtteils, weil sonst — wie der Herr Einsender selbst hervorgehoben hat — „ein Pflichtteilsanspruch lediglich durch das Uebergangsgesetz praktisch würde, der weder nach dem BGB. allein, noch nach dem BLR. allein bestanden hätte". —

Amtsgerichtssekretär Dr. Arnulf **Meyer** in Nürnberg.

---

**Kann dem Konkursverwalter die Benützung gemeindlicher Anstalten für die Masse gesperrt werden, bis er die Abgabenrückstände des Gemeinschuldners deckt?** Nach den Ergebnissen der Rechtsprechung in letzter

Zeit wird trotz des § 49 Ziff. 1 KO. den örtlichen Abgaben der Gemeinden für Benützung ihrer Anstalten und Unternehmungen (Gasgebühren, Wasserzins, Gebühren für Lieferung elektrischen Stromes usf.) das Vorzugsrecht im Konkurse versagt. Es frägt sich nun, ob es rechtlich zulässig ist, volle Deckung der Rückstände des Gemeinschuldners mit derartigen Abgaben dadurch zu erzwingen, daß die Gemeinden dem Konkursverwalter die Benützung der Anstalten und Unternehmungen, die Abgabe von Gas, Wasser, elektrischem Strom, so lange sperren, bis er volle Deckung der Rückstände des Gemeinschuldners durch Uebernahme auf die Masse gewährt.

Für den öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen der Gemeinde und demjenigen, welcher ihre Anstalten und Unternehmungen benützt, bildet das einschlägige gemeindliche Statut die Grundlage. Dieses enthält regelmäßig außer der Festsetzung des Tarifs die Bestimmung, daß bei Rückständen der für die Benützung geschuldeten Abgaben dem säumigen Schuldner die weitere Benutzung bis zur Bezahlung der Rückstandsrechnung gesperrt werden könne.

Wenn ein derartiges Vertragsverhältnis zwischen der Gemeinde und dem Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung besteht, so finden darauf die Bestimmungen des § 17 KO. sinngemäße Anwendung. Der Konkursverwalter hat die Wahl, entweder an Stelle des Gemeinschuldners in den Vertrag einzutreten und damit dessen sämtliche Vertragspflichten, insbesondere auch die volle Deckung der Rückstände des Gemeinschuldners auf die Masse zu übernehmen, oder vom Vertrage zurückzutreten.

Tritt er für den Gemeinschuldner in das Vertragsverhältnis ein, so ist gegen ihn unmittelbar aus dem Vertrage die Benützungssperre bis zur Tilgung der Rückstandsrechnung des Gemeinschuldners zulässig. Lehnt er die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses ab, so werden die Rückstände Konkursforderungen ohne Vorrecht.

In letzterem Falle kann jedoch die Bewilligung eines neugestellten Antrags des Konkursverwalters auf die Benützung der gemeindlichen Anstalten und Unternehmungen für die Masse von der Bedingung vorgängiger, vollständiger Deckung der rückständigen Benützungsabgaben des Gemeinschuldners abhängig gemacht werden. Es ist zwar richtig, daß die Benützung gemeindlicher Anstalten und Unternehmungen, welche nach Art. 40 Gem.O. durch Statut geregelt ist, nicht beliebig von den Gemeinden versagt oder von Bedingungen abhängig gemacht werden kann, sondern daß jeder, der die Bedingungen des Statuts erfüllt, ein Recht auf die Benützung hat. Da aber nach den Statuten jedem Bezugsberechtigten die Benützung gesperrt werden kann, solange er mit den Benützungsabgaben im Rückstande ist und da der Konkursverwalter, wenn er für die Masse die Benützung beansprucht, diese rechtlich nur als gerichtlich bestellter Vermögensverwalter des Gemeinschuldners und für diesen verlangt, muß er sich die Benützungssperre bis zur vollständigen Tilgung des Abgabenrückstands des Gemeinschuldners ebenso gefallen lassen, wie der Gemeinschuldner selbst vor Konkurseröffnung oder nach Aufhebung des Konkursverfahrens.

Rechtspraktikant K. Schmidt in München.

# Aus der Praxis der Gerichte.

## Reichsgericht.

### A. Civilsachen.

#### I.

**Zu §§ 130, 185, 868, 870, 1205, 1207 BGB.** Wer bewegliche Sachen eines Dritten mit dessen Bewilligung für seine Schuld verpfändet, kann dies gültig durch schriftliche Verpfändung und Vorlegung von Verpfändungsvermerken an den Verwahrer der Sachen zur Unterschrift tun. Darauf, ob der Verwahrer die Vermerke gelesen, kommt es in der Regel nicht an.

Aus den Gründen: Der Berufungsrichter erachtet es als erwiesen, daß Kläger G. mittelbarer Eigenbesitzer, z. B. nach § 868 BGB. mittelbarer Besitzer, Sch. als Verwahrer unmittelbarer Besitzer der Holztriften gewesen ist und daß G. dem B. deren Verpfändung ohne Einschränkung gestattet hat. Mißglückt ist der Versuch der Revision, nur eine vom Eigentümer erklärte Verpfändung oder Verpfändungsanzeige als gültig erklären zu wollen. Daß ein Nichteigentümer mit Bewilligung des Eigentümers Sachen verpfändet, ist alltäglich und nach § 185 BGB. unbedenklich. In der Erlaubnis zur Verfügung über die Sache liegt aber auch die Vollmacht, alles hierzu Notwendige selbst vorzunehmen. Daß § 1205 Abs. 2 von einer Verpfändungsanzeige des Eigentümers spricht, geschieht nur der Kürze wegen und es soll dadurch die Anzeige eines ermächtigten Dritten nicht für wirkungslos erklärt werden. Zweifel konnten darüber bestehen, ob die Verpfändungsanzeige dem unmittelbaren Besitzer Sch. ordnungsmäßig zugegangen ist. (Folgt Ausführung über das Beweisergebnis.) Die Ausführung des Berufungsgerichts ist zu billigen, daß, wer eine Pfändungsanzeige zu vernehmen in der Lage ist, einem, der sie wirklich vernimmt, gleichsteht. § 130 BGB. handelt nur vom Zugehen empfangsbedürftiger Willenserklärungen unter Abwesenden. Will man ihn auf Willenserklärungen unter Anwesenden (wie hier in Frage) anwenden, so ist es doch unzweifelhaft, daß sie nicht nur mündlich, sondern z. B auch durch Uebergabe eines Briefes, einer zu unterschreibenden Urkunde usw. zugehen können. Dies ist hier geschehen. Dadurch, daß S. dem Sch. die Wächterzettel mit dem Verpfändungsbeisatz zum Lesen und zur Unterschrift gab, hat er diesem schriftliche Mitteilung von der Verpfändung gemacht und ihn in den Stand gesetzt, Kenntnis davon zu nehmen. Die Erklärung ist also dem Sch. zugegangen, er hatte das Recht, die Möglichkeit und die Pflicht, davon Kenntnis zu nehmen und wenn er dies unterlassen haben sollte, so kann dieser Umstand einem Nichtzugehen der Mitteilung nicht gleichgestellt werden, sowenig das Zugehen eines Briefs durch Verlegen oder einer mündlichen Mitteilung durch Ueberhören beseitigt wird. (Urt. des V. Z.-S. vom 24. Juni 1905.)

— — — r.

#### II.

**Zuständigkeit eines deutschen Konsulats als Nachlaßgericht.** Am 22. März 1904 verstarb in Ch. (Preußen) der Kaufmann J. L. Er war seit 1870 in Damaskus ansäßig und seitdem in die Matrikel des Deutschen Konsulats in Beirut eingetragen. Seit 1876 hatte er das Amt eines Deutschen Konsuls in Damaskus bekleidet, am 15. April 1903 hatte er einen Urlaub erhalten, den er bei seiner Familie zubrachte; diese war schon 1902 nach Ch. übergesiedelt. 1892 hatte L. ein Testament errichtet und es beim Konsulat in Beirut hinterlegt, dort wurde es am 26. März 1904 eröffnet. Im Februar 1905 gelangten an das Amtsgericht in Ch. von dem dortigen Erbschaftssteueramt zwei Nachzettel des Erblassers. Das Amtsgericht eröffnete sie

und ersuchte das Konsulat in Beirut, das dort eröffnete Testament an das Amtsgericht als zuständiges Nachlaßgericht gemäß § 2261 BGB. zu senden. Das Konsulat erwiderte, daß es sich selbst als zuständiges Nachlaßgericht betrachte. Das Amtsgericht wiederholte das Ersuchen. Auf Antrag des Konsulats erklärte das Reichsgericht dieses als zuständig.

Aus den Gründen: Der Erblasser ist Wahlkonsul gewesen. Die für Berufskonsulen in § 21 des Reichsbeamtengesetzes und in § 15 ZPO. gegebenen Sonderbestimmungen kommen demnach nicht in Frage, der Erblasser hat vielmehr den allgemeinen Gerichtsstand gehabt, der ihm, abgesehen von seiner Eigenschaft als Konsul, zukam. (Vgl. v. König, Handb. d. D. Konsularwesens, 6. Aufl. S. 83.) Dieser Gerichtsstand war bei dem Konsulargericht in Beirut, zu dessen Bezirk Damaskus gehört. Hieraus ergibt sich, daß der Konsul in Beirut für die Verrichtungen des Nachlaßgerichts ebenso zuständig ist, wie in Deutschland die Amtsgerichte. Das folgt aus § 7 Ziff. 2, § 19 Ziff. 1 d. Ges. ü. d. Konsulargerichtsbarkeit und §§ 72 ff. GFG. Der Wortlaut des § 73 Abs. 2, 3 GFG. steht nicht im Wege, denn dort werden nur Bestimmungen für den Fall getroffen, daß ein Nachlaßgericht tätig zu werden hat. Unabhängig davon ist die Frage, welche Behörde berufen ist, wenn im Auslande die Fürsorge eines Nachlaßgerichts erforderlich wird, das sind aber in Ländern mit Konsulargerichtsbarkeit die Konsuln (vgl. v. König a. a. O. S. 299, 302; Dorner frw. Gerichtsb. § 36 Anm. 9 d. α., § 73 Anm. 1, 4; Fuchs frw. Gerichtsb. § 73 Anm. 3 u. § 36 Anm. 3a). Nicht entschieden ist hierdurch, daß der Konsul allein zuständig sei. Es ist nicht ausgeschlossen, daß der Erblasser, obwohl er seinen Wohnsitz in Damaskus beibehalten, in Ch. einen zweiten Wohnsitz begründet hatte, daraus würde jedoch nur folgen, daß zwei Behörden zuständig wären und es würde dann nach § 4 GFG. dem Konsul der Vorzug gebühren, weil er zuerst tätig wurde. (Beschluß des IV. Z.-S. vom 8. Juni 1905.) — — — n.

III.

**Zu §§ 1274, 1154, 125, 126 BGB.** Es ist im wesentlichen Auslegungsfrage, ob eine Urkunde eine wirkliche Hypothekverpfändung oder nur eine (rechtswirksame) Faustpfandbestellung am Hypothekenbrief enthält und es kommt hiebei auch auf das gewollte Verpfändungsmittel an.

Gründe: Das Berufungsgericht findet in der Urkunde vom 3. März 1900 keine wirksame Verpfändung der Hypothekforderung, sondern nur die Begründung eines obligatorischen Zurückbehaltungsrechtes am Hypothekenbrief, das der Klägerin keinesfalls ein Recht zur Klage auf Zahlung aus dem Grundstück gebe ... Die erwähnten Urkunden konnten vielleicht auch anders, wie geschehen, ausgelegt werden, aber die Revision vermochte Rechtsverstöße in der Auslegung nicht darzutun und war daher zurückzuweisen ... Es ist nach §§ 1274, 1154, 126 BGB. nicht rechtsirrig, daß, wo Schriftform vorgeschrieben, die Urkunde den wesentlichen Inhalt des Rechtsgeschäftes — hier die Hypothekverpfändung — enthalten müsse und daß dies nicht der Fall sei, wo man wie Klägerin (nach den ausdrücklichen Feststellungen des Berufungsrichters) die Vertragsabsicht durch ein unrichtiges Mittel — hier durch die bloße (beurkundete) Hingabe des Hypothekenbriefs als Faustpfand — zu erreichen suche. (Urt. V. 24/05 v. 12. Juli 1905.) — — — r.

IV.

Dagegen kommt es in Fällen, wie der vorstehende, im allgemeinen auf den in der Urkunde gebrauchten Ausdruck für die Verpfändung nicht an.

Gründe: Der Berufungsrichter führt aus: Daß dieses Schreiben eine Verpfändungserklärung sein sollte, ergebe das darin gebrauchte Wort „Unterpfand"; dadurch, daß die Erklärung für eine erst künftig entstehende Forderung abgegeben sei, werde ihre Wirksamkeit nicht beeinträchtigt. Der Wille aber, mit der Verpfändungserklärung nicht etwa bloß ein Faustpfand an dem Hypothekenbrief, sondern eine Verpfändung der Hypothek selbst herbeizuführen, ergebe sich ohne weiteres daraus, daß ein Faustpfand an einem Hypothekenbriefe, da er kein selbständiges realisierbares Vermögensobjekt bilde, unzulässig sei und die Annahme Platz greifen müsse, daß die Vertragschließenden nicht etwa Unzulässiges beabsichtigt haben werden. ... Die Revision bekämpft diese Ausführungen als rechtsirrig. Insbesondere ist sie der Ansicht, eine Urkunde, deren Ausstellung zur Erfüllung einer gesetzlichen Formvorschrift diene, müsse in sich selbst den wesentlichen rechtlichen Inhalt derjenigen Willenserklärung enthalten, deren schriftliche Niederlegung das Gesetz erfordere. In dieser Allgemeinheit ist jedoch der aufgestellte Satz nicht richtig. Der in RGZ. 57, 258 behandelte Fall unterschied sich wesentlich dadurch von dem vorliegenden, daß es damals, wo die schriftliche Erklärung lediglich in der Annahme eines gegnerischen Vergleichsvorschlags bestand, an jedem Ausdruck eines Verpflichtungswillens überhaupt fehlte. Im vorliegenden Falle war der Berufungsrichter rechtlich nicht gehindert, in dem Schreiben vom 14. Juni 1894 eine schriftliche Verpfändungserklärung zu finden und etwaige nach dieser Richtung hin auftauchende Bedenken im Wege der Auslegung ... zu beseitigen. (Urt. V. 26/05 v. 12. Juli 1905.) — — — r.

V.

**Zu § 1018 ff. BGB. Art. 14 BayNotG.** 1. Die Anlage für die einer Mühle gegenüber bestehende Wasserleitungsdienstbarkeit kann bei Umgestaltung des Mühlwerks entsprechend verändert, auch — mit Bewilligung des Verpflichteten — erweitert werden. 2. Das bayerische Landrecht ist, auch soweit es gemeinrechtliche Sätze wiedergibt, nicht revisibel.

Gründe: Die von der beklagten Gemeinde im Jahre 1900 errichtete neue Pumpenanlage übertrifft an Umfang und Stärke sehr erheblich die bis dahin vorhanden gewesene Anlage. Wäre der Servitutbestellungsvertrag vom 24. September 1874 dahin zu verstehen, daß die Besitzvorgänger des Klägers der Gemeinde K. gerade nur das Recht zur Errichtung und zum Halten des damals hergestellten Pumpwerks eingeräumt haben, derart, daß im Falle notwendiger Ausbesserung eventuell Erneuerung des Werkes die Gemeinde auf eine der ursprünglichen gleiche oder wenigstens annähernd entsprechende Anlage beschränkt bleiben sollte, dann wäre allerdings die Berechtigung der Beklagten zur Errichtung der jetzigen Anlage aus dem ursprünglichen Vertrage kaum abzuleiten. Allein nach der für das Revisionsgericht maßgebenden Vertragsauslegung des Berufungsrichters ging schon bei Abschluß des Vertrags der übereinstimmende Wille der Parteien dahin, daß die Beklagte berechtigt sein sollte, ihre Anlage zweckentsprechend dem wahrgenommenen Bedürfnisse anzupassen, sie im Falle nötiger Reparaturen oder bei etwaiger Veränderung der Konstruktion der Mühle in fach- und sachgemäßer Weise unter Anwendung der Fortschritte der Technik zu erneuern und zu verbessern. Bedenklich könnte vielleicht die Annahme des Berufungsrichters sein, daß hienach die Beklagte der Zustimmung des Klägers zur vorgenommenen Abänderung der Anlage überhaupt nicht bedurfte. Technisch wäre es vermutlich wohl ausführbar gewesen, das Pumpwerk selbst in unverän-

dertem Zustande (ohne Erhöhung seiner Leistung) zu lassen und dem erhöhten Druck des neuen Mühlrades durch entsprechende Abänderung derjenigen Vorrichtungen, welche der Zuleitung der Wasserkraft auf das Pumpwerk dienen, der Uebersetzungsvorrichtungen abzuhelfen. Aber was in dieser Beziehung die Beklagte durch Vergrößerung und Verstärkung ihrer Anlage ausgeführt hat, tat sie nach Annahme des Berufungsrichters mit Billigung des Klägers, und zufolge dieser Billigung wurde die Aenderung zu einer berechtigten, sollte auch die Beklagte wider Willen des Klägers nicht dazu berechtigt gewesen sein. Daß der Kläger die Neuanlage genehmigt hat, ist vom Berufungsrichter unter eingehender, prozessual einwandfreier Begründung als erwiesen angenommen, insoweit auch ein besonderer Revisionsangriff nicht erhoben. Die Notwendigkeit notarieller Beurkundung der klägerischen Genehmigung hat das OLG. in Anwendung bayerischer landesgesetzlicher Vorschriften verneint, deren Verletzung nach §§ 1, 6 der VO. vom 28. September 1879 die Revision beim Reichsgericht nicht begründet. Die Meinung des Revisionsklägers, daß das bayerische Landrecht revisibel sei, soweit es nur Rechtsgrundsätze des gemeinen Rechts wiedergebe, entbehrt der Begründung. Die inhaltliche Uebereinstimmung eines partikularrechtlichen Satzes mit dem entsprechenden Satze eines umfassenderen Rechtssystems benimmt dem ersteren nicht seine Eigenschaft als Landesrechtssatz. Im übrigen beruht die Entscheidung über die Entbehrlichkeit der notariellen Form auf der schon erwähnten, rechtlich unbedenklichen Vertragsauslegung, derzufolge es sich hier nicht um eine Abänderung des Servitutvertrags, sondern um eine im beiderseitigem Einverständnis vorgenommene, den veränderten Verhältnissen angepaßte sachgemäße Ausführung des Vertrages handelt. Das Berufungsgericht hat demnach mit Recht das Verlangen des Klägers nach Beseitigung der Anlage zurückgewiesen. (Urt. VII/529 v. 11. Juli 1905.) ———r.

## Oberstes Landesgericht.

### A. Zivilsachen.

#### I.

**Kann der Gläubiger in dem Falle, wenn auf Grund eines von ihm erwirkten Urteils für eine den Betrag von 300 Mk. übersteigende Hauptforderung eine Sicherungshypothek auf einem Grundstück des Schuldners eingetragen worden ist, für die nachträglich durch Beschluß festgesetzten den Betrag von 300 Mk. nicht übersteigenden Kosten, welche der Schuldner nach dem Urteil zu tragen hat, die Eintragung einer Sicherungshypothek auf dem Grundstück beantragen?** Schon unter der Herrschaft des Art. 56 d. AG. zur GBO. und zum ZVG. hat sich diese Frage ergeben und sie ist von dem Obersten Landesgericht bejaht worden.[1]) Sie kehrt wieder, nachdem durch die Anlegung des Grundbuchs § 866 der ZPO., welchem der Art. 56 nachgebildet war, anwendbar geworden ist. Es wird jedoch ihre Verneinung vertreten von dem Kammergerichte Berlin und im Anschlusse an dasselbe von den Oberlandesgerichten Karlsruhe, Colmar und Rostock.[2]) Letztere Ansicht teilen auch zahlreiche Schriftsteller.[3]) Das Oberste Landesgericht glaubte den von ihm eingenommenen Standpunkt festhalten zu sollen und hat, indem es eine weitere Beschwerde gemäß § 28 GFG. dem Reichsgerichte vorlegte, seiner Rechtsanschauung mit folgender Begründung Ausdruck gegenben: Der § 866 der ZPO. beschränkt im Abs. 3 Satz 2, dessen Entstehungsgeschichte in dem Beschlusse des Reichsgerichts vom 17. Juni 1901 (Entsch. in ZS. Bd. 48 S. 242, Entsch. in Ang. d. f. G. u. d. GrundbR. Bd. 5 S. 79) eingehend dargelegt ist, die Eintragung einer Sicherungshypothek als Vollstreckungsmittel auf Forderungen, die den Betrag von dreihundert Mark übersteigen. Die Beschränkung wurde damit begründet, daß für geringfügige Verbindlichkeiten, bei deren Eingehung „der Schuldner nie daran denken werde, daß durch dieselben sein Grundbesitz belastet werden würde", Sicherstellung durch Hypothek nicht gewährt werden dürfe und daß sie bei ihnen auch nicht zur Abwendung der Zwangsversteigerung dienen würde, die der Gläubiger wegen so kleiner Beträge ohnehin kaum betreiben werde. Daneben wurde geltend gemacht, daß die kleinen Vollstreckungshypotheken das Grundbuch belasten würden. Bei Forderungen, die den Betrag von dreihundert Mark übersteigen, ist die Vollstreckungsmaßregel, abgesehen von der auf besonderen Gründen beruhenden Ausschließung der Eintragung der Sicherungshypothek auf Grund eines Vollstreckungsbefehls, unbeschränkt zulässig. Es ist weder, wie bei der Zusammenrechnung mehrerer Forderungen, Einheitlichkeit des vollstreckbaren Titels erforderlich noch die Eintragung von Hypotheken geringeren Betrags ausgeschlossen. Die Vorschrift des § 867 Abs. 2 der ZPO., die die Belastung mehrerer Grundstücke des Schuldners nur in der Weise gestattet, daß der Betrag der Forderung auf die einzelnen Grundstücke verteilt wird, führt sogar sehr häufig zur Eintragung von Sicherungshypotheken für einen dreihundert Mark nicht übersteigenden Betrag. Der Gläubiger kann auch, wenn der Schuldner zunächst nur ein Grundstück besitzt, aber zu erwarten ist, daß er demnächst noch andere Grundstücke erwerben werde, sich vorerst damit begnügen, die Belastung des einen Grundstücks mit einer Hypothek geringeren Betrags zu erwirken, und sich für den Restbetrag den Zugriff auf die erst von dem Schuldner zu erwerbenden Grundstücke vorbehalten, er kann, wenn diese Absicht sich nicht verwirklichen läßt, das zuerst belastete Grundstück nachträglich mit einer zweiten Hypothek für den Restbetrag belasten lassen. Bei einer zwischen dreihundert und sechshundert Mark betragenden Forderung kann er, wenn er zunächst Teilurteil auf einen Betrag von mehr als dreihundert Mark erlangt hat und später ein weiteres Urteil für den Restbetrag erlangt, für diesen Eintragung einer Sicherungshypothek beantragen, auch wenn für den Betrag des ersten Urteils schon eine solche eingetragen ist. Es genügt, daß die vollstreckungsreife Forderung zu der Zeit, zu welcher die Eintragung erfolgen soll, im ganzen den Betrag von dreihundert Mark übersteigt, das Gesetz verkümmert ebensowenig dem Gläubiger den Schutz, auf den er nach dem Betrage seiner Forderung Anspruch hat, dadurch, daß es ihn vor die Wahl stellt, entweder mit dem Antrag auf Eintragung einer Sicherungshypothek zu warten, bis die Forderung im ganzen Betrage vollstreckungsreif ist, und sich damit der Gefahr auszusetzen, daß die Vollstreckungsmaßregel inzwischen vereitelt wird, oder auf die Erlangung einer Sicherungshypothek für den den Gegenstand des zweiten Urteils bildenden Teilbetrag zu verzichten, wie es ihm die Erlangung einer Sicherungshypothek ganz verweigert, wenn jedes der beiden Urteile auf einen dreihundert Mark nicht übersteigenden Betrag

---

[1]) Neue Samml. Bd. 1 S. 294, Bd. 2 S. 536.

[2]) Kammergericht Berlin Entsch. in Ang. d. FG. u. d. GrundbR. Bd. 1 S. 33 Rspr der OLG. Bd. 2 S. 103, Bd. 3 S. 15. Karlsruhe CBl. f. F.-G. u. N. Bd. 3 S. 31. Colmar CBl. Bd. 3 S. 256. Rostock CBl. Bd. 4 S. 273.

[3]) Gaupp-Stein, Komment. z. ZPO. 6. u. 7. Aufl. § 866 Anm. IV b c und Note 10 S. 664, Petersen-Anger, Komment. z. ZPO. 5 Aufl. § 866 Anm. Nr. 4a S. 579, Turnau-Förster Liegenschaftsr. 2 Aufl. Bd. 1 S. 843 u. 844, Förster, DJZ Bd. 5 S. 271, Delius DJZ. Bd. 6 S. 177, Scherer JurWSchrift 1901 S. 300, Meyer Bl. f. RA. Bd. 66 S. 322, Strube BadRechtspr. 1902 S. 29, Heslenfeld CBl. Bd. 2 S. 1 ff. Dawider aber Seuffert, Komment. z. ZPO. 9 Aufl. § 866 Anm. 3a S. 555, Rosenmüller. SächsArchiv Bd. 10 S. 678 ff. Dronke Zschr. f. ZP. Bd. 28 S. 344 u. 350.

erlassen wird. Daß es in solchen Fällen erforderlich werden kann, die Zusammengehörigkeit der in den verschiedenen Titeln festgestellten Teilforderungen durch Vorlegung der beiden Urteile nachzuweisen, bildet kein Hindernis. Warum es, wie das Kammergericht meint, nicht angehen soll, das Vorhandensein der neben dem Erfordernis eines vollstreckbaren Titels stehenden Voraussetzung der Eintragung, daß es sich um eine den Betrag von dreihundert Mark übersteigende Forderung handelt, in der im § 29 der GBO. vorgeschriebenen Weise nachzuweisen, ist nicht einzusehen. Die Eintragung der Sicherungshypothek findet nicht nur für die Hauptleistung sondern auch für Nebenleistungen, insbesondere für die Kosten des Rechtsstreits statt, in dem der vollstreckbare Titel für die Forderung erwirkt worden ist. Die Kosten sind zwar der Gegenstand einer besonderen Forderung, die erst durch den Rechtsstreit entsteht, diese steht aber mit der Hauptforderung in so engem Zusammenhange, daß nach § 367 BGB. eine zur Tilgung der „ganzen Schuld" mit Einschluß der Kosten nicht ausreichende Leistung zunächst auf die Kosten angerechnet wird, sie werden in Uebereinstimmung mit der Auffassung des Verkehrs wie ein Teil der Schuld behandelt. Als Nebenleistungen werden Zinsen und Kosten, wie es im § 4 der ZPO. vorgeschrieben ist, in den Betrag der Forderung nicht eingerechnet, für eine Forderung, die nur mit Hinzurechnung von Zinsen und Kosten den Betrag von dreihundert Mark übersteigt, findet daher die Eintragung einer Sicherungshypothek nicht statt. Uebersteigt aber die Hauptleistung den Betrag von dreihundert Mark, so kommt es nicht darauf an, ob die Kosten in Gemäßheit des § 103 Abs. 1 der ZPO. in dem Urteile selbst festgesetzt sind oder ob das Urteil nur die Verpflichtung zur Kostenerstattung ausgesprochen hat und der Betrag der zu erstattenden Kosten in einem besonderen Beschlusse festgesetzt worden ist. In dem letzteren Falle ist die Sachlage eine ähnliche wie bei der Erlassung getrennter Urteile über Teile der Forderung. Die Kostenforderung ist durch einen besonderen vollstreckbaren Titel festgestellt, ihre Zusammengehörigkeit mit der Hauptforderung wird aber dadurch nicht aufgehoben, sie hört nicht auf, Nebenforderung zu sein. Auch das Kammergericht erachtet es, wie in dem ersten und dem dritten Beschluß ausdrücklich gesagt ist, für statthaft, bei gleichzeitiger Vorlegung der beiden vollstreckbaren Titel eine den Betrag der Kosten umfassende Sicherungshypothek einzutragen; es nimmt aber an, daß das Gesetz den Gläubiger vor die Wahl stelle, mit dem Antrag auf Eintragung der Sicherungshypothek zu warten, bis er auch im Besitze des Festsetzungsbeschlusses ist, oder auf die Sicherung der Kostenforderung zu verzichten. Das Unbefriedigende dieses Ergebnisses liegt auf der Hand, man fragt vergeblich nach einer Zweckmäßigkeitserwägung, die den Gesetzgeber dazu bestimmen konnte. Die Rücksicht auf die Uebersichtlichkeit des Grundbuchs läßt sich dafür nicht verwerten. Abgesehen davon, daß ihr doch nur nebensächliche Bedeutung zukommt, kann nicht wohl behauptet werden, daß für die Führung des Grundbuchs ein zu diesem Auskunftsmittel nötigender Uebelstand entstehe, wenn für die Kosten statt besonderer Angabe in der Eintragung der gemeinschaftlichen Hypothek (§ 1115 Abs. 1 BGB.) eine besondere Hypothek eingetragen wird. Das Kammergericht legt das entscheidende Gewicht darauf, daß für die Kostenforderung eine selbständige Hypothek eingetragen werden soll. Aber die Kostenforderung verliert ebensowenig die Eigenschaft einer Nebenforderung dadurch, daß für sie eine besondere Hypothek begründet wird, wie im Falle einer Erhöhung des eingetragenen Zinssatzes über fünf vom Hundert (§ 1119 BGB.) der fünf vom Hundert übersteigende Teil der Zinsen aufhört, Nebenleistung zu sein, wenn für ihn eine besondere Hypothek bestellt wird, und der Gläubiger löst den Zusammenhang der Kostenforderung mit der Hauptforderung nicht, wenn er die Eintragung der Sicherungshypothek im Anschluß an die für die Hauptforderung erwirkte Eintragung in der Weise beantragt, daß dasselbe Grundstück belastet werden soll, das für die Hauptforderung oder einen Teilbetrag der Hauptforderung belastet ist. Die Belastung des Grundstücks mit den beiden Hypotheken soll ihm das Recht geben, für Hauptforderung und Kostenforderung aus demselben Grundstücke Befriedigung zu suchen, die Eintragung der Sicherungshypothek für die Kostenforderung ist nicht anders zu beurteilen als die Nachpfändung der für die Hauptforderung gepfändeten Gegenstände für die Kostenforderung, der Gläubiger hält an der Zusammengehörigkeit der Hauptforderung und der Kostenforderung fest, indem er den Zugriff wegen beider auf denselben Gegenstand richtet.

Mitgeteilt von E. Yblagger, Rat am Obersten Landesgerichte.

## II.

**Begriff der ordnungsmäßigen Verwaltung des eingebrachten Gutes der Frau. § 1379 Abs. 1 BGB.** Die Bauerseheleute J. und M. P. haben, nachdem sie die vereinbarte allgemeine Gütergemeinschaft aufgehoben und das gemeinschaftliche Vermögen geteilt hatten, wobei das Anwesen in das Alleineigentum des Mannes überging, mehrere Grundstücke, darunter a, b, c, d, auf die ein Kaufpreis von 1358 Mk. traf, gemeinschaftlich erworben, um sie bei Gelegenheit mit Gewinn wieder zu veräußern. Diese Grundstücke liegen in einer sieben Grundbesitzern gehörenden Waldung, weit entfernt von dem Anwesen, bilden schmale Streifen und sind infolge ungünstiger Bodenverhältnisse schwer zugänglich. Die Grundstücke a, c, d sind Waldparzellen mit schlechtwüchsigem Holzbestande, das Grundstück b ist Wiese. Die Grundstücke a, c sind zurzeit für 40 Mk. jährlich verpachtet. In einer der Waldparzellen befindet sich eine größere Blöße, deren Aufforstung die Forstpolizeibehörde angeordnet hat. J. P. beabsichtigt, die vier Grundstücke an das Forstärar, das demnächst auch die übrigen Teile der Waldung erwerben und sie abholzen wird, für einen Preis von 1700 Mk. — 1480 Mk. für die Waldparzellen und 220 Mk. für die Wiese — und Ueberlassung des stehenden Holzes im Wertanschlage von 1000 Mk. zu verkaufen. Seine Ehefrau verweigert ihre Zustimmung. Auf Antrag des Mannes, der sich erbot, für die seiner Ehefrau gebührende Hälfte des Kaufpreises und des Erlöses aus dem stehenden Holze Hypothek an seinem Anwesen zu bestellen, hat das Amtsgericht als Vormundschaftsgericht die Zustimmung der Ehefrau ersetzt. Letztere ließ sofortige Beschwerde einlegen und zur Begründung geltend machen, die Veräußerung der Grundstücke sei nicht nur nicht notwendig, sondern beeinträchtige sogar den Wert des Anwesens, der gebotene Kaufpreis sei zu niedrig, insbesondere ergebe sich für die Grundstücke a, b, für die 467 Mk. geboten seien, aus dem Pachtzins ein Wert von 1000 Mk., ihr Mann führe eine schlechte Wirtschaft und sorge nicht gehörig für Frau und Kinder. Für die Behauptungen über den Wert der Grundstücke und über das Verhalten des Ehemanns wurden Zeugen benannt. Das Landgericht hat, ohne die bezeichneten Beweise aufzunehmen, die Beschwerde zurückgewiesen. In den Entscheidungsgründen ist ausgeführt, die zum Wiederverkauf erworbenen Grundstücke seien mit Rücksicht auf Lage und Beschaffenheit eine Last für das Anwesen, die von der Forstpolizeibehörde verlangte Aufforstung würde einen größeren Aufwand erfordern, die Grundstücke seien an eine Privatperson schwer zu verkaufen, der vom Fiskus gebotene Preis sei nach dem Gutachten der sachkundigen Mitglieder des Gemeindeausschusses ein sehr hoher, es würde unwirtschaftlich sein, die günstige Verkaufs-

gelegenheit nicht zu benützen. Die Angaben der Beschwerdeführerin über das Verhalten ihres Mannes seien nach der glaubwürdigen Versicherung der Mitglieder des Gemeindeausschusses unwahr. Die Aufnahme der von ihr bezeichneten Beweise sei nicht veranlaßt. Auch die weitere Beschwerde der Ehefrau wurde zurückgewiesen.

Gründe: Die Beschwerde kann nach § 27 GFG. nur darauf gestützt werden, daß die angefochtene Entscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes im Sinne des § 550 ZPO., d. h. auf Nichtanwendung oder unrichtiger Anwendung einer Rechtsvorschrift beruhe. Eine Verletzung des Gesetzes ist weder in dem Verfahren des Beschwerdegerichts noch in der Anwendung des § 1379 Abs. 1 BGB. auf die festgestellten Tatsachen zu finden. Das Beschwerdegericht hatte nach § 12 GFG. die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittelungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen. Es war nicht verpflichtet, die von der Beschwerdeführerin bezeichneten Beweismittel zu benützen, sondern durfte sich mit dem Ergebnisse der veranstalteten Ermittelungen begnügen, wenn die Sachlage ihm so vollständig aufgeklärt erschien, daß von weiteren Ermittelungen ein förderliches Ergebnis nicht zu erwarten war (Neue Samml. v. Entsch. d. OLG. Bd. 4 S. 3, Bd. 5 S. 212, 418, 453). Die Erwägungen, auf Grund deren das Beschwerdegericht aus den festgestellten Tatsachen gefolgert hat, daß der beabsichtigte Verkauf des nach Art. 83 Abs. 1 des Gesetzes vom 9. Juni 1899, Uebergangsvorschriften zum BGB. betreffend, in Verbindung mit § 1363 BGB. zum eingebrachten Gute der Beschwerdeführerin gehörenden Anteils an den vier Grundstücken zur ordnungsmäßigen Verwaltung des eingebrachten Gutes erforderlich sei, gehen von richtiger Auffassung des Begriffs der ordnungsmäßigen Verwaltung aus, unter der das BGB. im § 1379 Abs. 1 wie in anderen Vorschriften die Handlungsweise eines tüchtigen, sorgsamen Wirtschafters versteht (Mot. z. Entw. I Bd. 4 S. 272 a. E.). Es fehlt also nach den getroffenen Feststellungen an einem die Verweigerung der Zustimmung rechtfertigenden Grunde. Die Ersetzung der Zustimmung der Ehefrau hat aber nicht die Folge, daß der Ehemann berechtigt ist, das Geld der Frau gegen Hypothekbestellung für sich zu behalten, sondern er hat es nach § 1377 Abs. 2 BGB. nach den für die Anlegung von Mündelgeld geltenden Vorschriften für die Frau verzinslich anzulegen. (Beschl. I Z.-S. Reg. III 33/1905 vom 17. Juni 1905.)

Mitgeteilt von E. Yblagger, Rat am Obersten Landesgerichte.

## B. Strafsachen.

**Feilbieten und Aufsuchen von Bestellungen.** Der von der Doktrin überwiegend geteilten Anschauung, daß der in § 59 Ziff. 1 GewO. gebrauchte Ausdruck „Feilbieten" das Aufsuchen von Bestellungen mitumfasse, hat das Oberste Landesgericht nicht beigepflichtet: § 59 Ziff. 1 enthalte eine streng auszulegende und daher die sinngemäße Anwendung nicht gestattende Ausnahmebestimmung. Der Begriff „Feilbieten", der in der GewO. nicht festgelegt und deshalb nach dem Sprachgebrauch auszulegen sei, erfordere, daß der Kaufgegenstand selbst vorgezeigt und zur sofortigen Uebergabe an den Käufer bereit gehalten werde — im Gegensatz zum „Aufsuchen von Warenbestellungen", bei dem nur Proben, Muster mitgeführt und vorgezeigt würden. Die GewO. stelle „Feilbieten" und „Aufsuchen von Warenbestellungen" als selbständige Arten des Gewerbebetriebes gesondert nebeneinander (§ 55 Abs. 1 Ziff. 1 u. 2) und halte auch beide Begriffe auseinander (§ 56 Abs. 2 u. 3, § 56 a; vgl. auch Reichstagsverh. 1882/83 Anlagen-Bd. 6 S. 732). Volkswirtschaftlich lasse sich eine verschiedene Behandlung des Feilbietens der in § 59 Ziff. 1 aufgeführten Waren (Erzeugnisse der Landwirtschaft) und des Aufsuchens von Bestellungen auf solche in Ansehung des Erfordernisses eines Wandergewerbescheines wohl rechtfertigen (Reichstagsverh. 1895/97 Sten.Ber. Bd. 4 S. 2528). Wenn sonach die eingangs erwähnte Anschauung unrichtig sei, so hätte in dem zur Entscheidung gestellten Fall hinsichtlich des Aufsuchens von Bestellungen auf Saatgetreide §§ 44, 44 a mit § 148 Ziff. 5 GewO. angewendet werden sollen, und sei die auf § 59 Ziff. 1 gestützte Freisprechung rechtsirrtümlich. (Urt. vom 25. August 1905, Rev.Reg. Nr. 215/05.)

Mitgeteilt von B.-A.-Assessor Dr. Schmidt im Min. d. Aeußern.

## Oberlandesgericht München.

**Fusion von Aktienbrauereien; Wirkung auf Bierlieferungsverträge.**[1]) Die Aktiengesellschaft U. in M. hatte die Aktienbrauerei zum M. K. durch Fusion unter Uebertragung des Gesellschaftsvermögens und Ausschluß der Liquidation übernommen. Mitübertragen waren alle vertragsmäßigen Rechte und die Warenzeichen. Den Aktionären der M. K.-Brauerei waren gegen Einlieferung ihrer Aktien Aktien der U.-Brauerei gewährt worden. Die U. erhob Klage gegen den Wirt St. in N. mit dem Antrage, ihn zum Bierbezug mindestens bis Ende September 1905 zu verurteilen. Begründung: St. habe mit der M. K. einen Bierlieferungsvertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen; zum mindesten sei ein solcher durch jahrelangen Bierbezug zustande gekommen; auf Grund des Art. 13 des AG. z. BGB. und als Rechtsnachfolgerin der M. K. sei die Klägerin in diesen Vertrag eingetreten. Beklagter bestritt, daß ein Vertrag geschlossen worden sei; der jahrelange Bierbezug könne eine vertragsmäßige Bindung nicht begründen; Art. 13 des AG. finde keine Anwendung, da er für den Veräußerer nur Pflichten, keine Rechte begründe; die aus einer Gesamtrechtsnachfolge, wenn eine solche überhaupt vorliege, sich ergebenden Grundsätze könnten nicht in Betracht kommen, weil der Gegenstand der Leistung, das zu liefernde Bier, ein anderer geworden sei; der Wirt habe M. K.-Bier beziehen wollen und erhalte nun das in seiner Gegend wenig beliebte U.-Bier. Die Berufung gegen das die Klage abweisende landgerichtliche Urteil wurde verworfen.

Begründung: Es besteht Streit, ob ein Bierlieferungsvertrag geschlossen wurde; es steht fest, daß ein schriftlicher Vertrag nicht vorliegt. Ein solcher Vertrag kann auch mündlich und durch schlüssige Handlungen geschlossen werden, auch in der Fortsetzung des Bierbezuges während mehrerer Jahre kann an sich eine schlüssige Handlung gefunden werden. Doch kann dahingestellt bleiben, ob der Beklagte eine ausdrückliche Verpflichtung einging, oder ob der Bierbezug so lange dauerte, daß stillschweigend ein Vertrag begründet wurde und ob nicht letzterenfalls dem Umstande Bedeutung beizumessen ist, daß die M. K. zufolge ihrer Einrichtungen nicht auf kühle Sudzeit angewiesen war, wie dies bezüglich der M'er Brauereien bekannt ist und auch daraus hervorgeht, daß der Biervorrat nur bis April reichte, also nicht für das ganze Sudjahr in Arbeit genommen und fertiggestellt war. Es ist nämlich anzunehmen, daß die Klage auch unbegründet ist, wenn ein Vertrag bestand.

1. Aus Art. 13 AG. z. BGB. kann die Klägerin Rechte nicht ableiten. Diese Vorschrift kennt nur ein zwischen den Vertragsteilen bestehendes Schuldverhältnis, entsprechend dem Art. 28 EG. z. BGB., der nur eine derart beschränkte landesgesetzliche Regelung zuläßt (vgl. Motive zu Art. 7, 8 des Entw. eines AG. z. BGB.). Für die weitergehende Wirkung nach § 12 d. Ges. vom 23. Mai 1846 ist kein Raum mehr. Dieses ist in Art. 175 Ziff. 9 AG. z. BGB. aufgehoben. Ein Uebergang der Verpflichtung auf denjenigen, der

[1]) Vgl. hiezu die Mitteilung in Nr. 18 S. 388 dieser Zeitschrift.

das Geschäft eines Teiles durch Rechtsgeschäft unter Lebenden erwirbt, kann nur dadurch bewirkt werden, daß der Veräußerer den Erwerber zum Eintritt in den Vertrag verpflichtet; dadurch wird dann möglicherweise auch ein Schuldverhältnis zwischen dem Dritten und dem Vertragsgegner seines Rechtsvorgängers hergestellt (§ 328 BGB.). Der Vertragsteil, der sein Geschäft beibehalten hat, wird jedoch durch Art. 13 AG. z. BGB. nicht verpflichtet, den Sondernachfolger seines Vertragsgegners als Abnehmer oder Lieferanten anzunehmen. Hievon spricht Art. 13 nicht. In den Landtagsverhandlungen ist betont worden, daß Art. 13 Abs. II hauptsächlich den Schutz des Brauers bezweckt. Es wäre ein schlechter Schutz, wenn der Brauer statt eines zahlungsfähigen und ordentlichen Wirtes einen zahlungsunfähigen schlechten Wirt als Abnehmer und Schuldner annehmen müßte, weil sein Vertragsgegner diesem seine Wirtschaft veräußert und ihn zum Eintritt in den Vertrag verpflichtet hat. Der Vertragsgegner des Veräußernden ist bei der Veräußerung nicht beteiligt und kann ihr nicht widersprechen; er ist also schutzbedürftig; der Brauer hat ein Interesse, daß ihm der Abnehmer bleibt, auf den er gerechnet hat und dessen vermutlichen Bedarf er bei Bestimmung der Sudmenge in Erwägung gezogen hat; andererseits kann auch ein Wirt durch Einstellung der Bierlieferungen in Verlegenheit kommen, indem er z. B. wegen Entlegenheit des Ortes und mangels einer den Bedarf überschreitenden Biererzeugung der nächsten Brauereien schwer einen neuen Lieferanten findet und auch mit dem Geschmacke seiner Gäste rechnen muß. Der Erwerber der Brauerei oder Wirtschaft dagegen hat diese Wechselfälle in den Bereich seiner Erwägungen zu ziehen. Er kann sich sichern: der Kaufsliebhaber der Wirtschaft durch Ersuchen der Brauerei um Auskunft, der Käufer der Brauerei dadurch, daß er den Verkäufer veranlaßt, das Verkaufsvorhaben den Wirten anzuzeigen und sie zu verpflichten, auch dem Käufer gegenüber beim Vertrage zu bleiben. Der Erwerber der Brauerei oder der Wirtschaft kann auch mit dem Erwerb bis zum Beginne des neuen Sudjahres zuwarten und hat es demnach sich selbst zuzuschreiben, wenn er durch Kauf zu anderer Zeit unter Außerachtlassung sichernder Maßregeln zu Schaden kommt.

2. Von handelsrechtlichen Bestimmungen ist nur § 306 HGB. in Erwägung zu ziehen. Dessen Voraussetzungen sind gegeben. Es wurde das Vermögen einer Aktiengesellschaft als Ganzes an eine andere gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft übertragen unter der Vereinbarung, daß eine Liquidation der aufgelösten Gesellschaft nicht stattfinden soll. Uebertragungs- und Auflösungsbeschluß der Generalversammlung der einen Gesellschaft, Uebernahme- und Kapitalserhöhungsbeschluß der Generalversammlung der anderen Gesellschaft und die Durchführung der Kapitalserhöhung sind im Handelsregister eingetragen. Damit ist auch nach der strengsten Ansicht die Verschmelzung vollzogen. Die Aktiengesellschaft Brauerei M. K. besteht nicht mehr; ihre Firma ist erloschen. Ihr Vermögen ist mit der Verpflichtung getrennter Vermögensverwaltung nach § 306 Abs. II ff. HGB. auf U. übergegangen. Dies ist ein Vermögensübergang durch Gesamtnachfolge (§ 306 Abs. I § 304 Abs. V HGB.), wie ein solcher auch außer dem Erbfall dem BGB. nicht unbekannt ist (§§ 45 Abs. III, 46, 88). Damit ist jedoch hier nichts gewonnen. Aus dem Wesen der Gesamtnachfolge ergibt sich nur, daß alle vertragsmäßigen Rechte und Pflichten der M. K. auf U. übergegangen sind, ohne daß es einzelner Uebertragungen bedurfte. Eine andere Frage aber ist, ob nicht durch diesen Uebergang das Vertragsverhältnis derartig geändert wurde, daß der Rücktritt des Wirtes vom Vertrage gerechtfertigt ist. Weder § 306 HGB. trifft hierüber Bestimmung noch Art. 13 AG. z. BGB.; insbesondere darf daraus, daß letzterer in Abs. II für den Geschäftsübergang unter Lebenden eine Bestimmung nach einer Richtung hin trifft, nicht gefolgert werden, daß bei Gesamtnachfolge von selbst das Gleiche in jeder Beziehung gelten soll; vielmehr ist aus dem Stillschweigen nur zu schließen, daß es für die Gesamtnachfolge bei den allgemeinen Bestimmungen bewenden soll.

3. Bei Anwendung der allgemeinen Rechtsgrundsätze gelangt auch das Berufungsgericht zu dem gleichen Ergebnis wie der Erstrichter. a) Als Regel ist anzunehmen, daß die Rechtsverhältnisse bei der Gesamtnachfolge keine Aenderung erleiden. Allein im einzelnen sieht das BGB. anderes vor, so in §§ 569, 673, 727, 2225; (vgl. auch Art. 28, Abs. II AG. z. BGB.). Diese Ausnahmen beruhen zum Teil darauf, daß durch Fortsetzung des Rechtsverhältnisses mit dem Erben das Vertragsverhältnis geändert würde, sodaß ein Rechtszwang, bei ihm zu verharren, ungerechtfertigt wäre. Es ist dies ein Grundsatz, dem auch sonst Rechnung getragen wird; so in § 399 mit § 613 BGB. usw. (§ 321 mit 610 BGB., §§ 18 und 35 des Gesetzes über das Verlagsrecht, §§ 280 Abs. II, 286 Abs. II, 325 Abs. I Satz 2, 326 Abs. II BGB.). Nach den gleichen Gesichtspunkten wird auch geprüft, ob eine Forderung aus einem gegenseitigen Vertrage übertragbar ist oder nicht (s. Seuff. Arch. Bd. XXX Nr. 18, XXXIV Nr. 109, LIV Nr. 221; Urt. d. RG. v. 21. Jan. 1882, 23. Febr. 1885, 3. Dez. 1891, Bd. VI S. 379, Bd. XIII S. 11 und Seuff. Arch. Bd. XXXVIII Nr. 175). Entscheidend sind also stets die Umstände des einzelnen Falles (vgl. RG. Urt. v. 17. Okt. 1882 Bd. IX S. 11 ff., bes. S. 20 u. S. 21). b) Es ist davon auszugehen, daß der Beklagte nur verpflichtet war, M. K.-Bier abzunehmen und nur gegen Lieferung von M. K.-Bier zu zahlen hatte, während die Brauerei verpflichtet war, M. K.-Bier zu liefern. Bei vielen Waren wird es für den Abnehmer gleichgültig sein, von wem und aus welcher Betriebsstätte sie geliefert werden. Beim Bier ist dies nicht der Fall. Die Herkunft des Bieres ist von Bedeutung für seine Wertschätzung; man unterscheidet im Verkehr nicht nur zwischen bayerischen und außerbayerischen deutschen Bieren, sondern auch zwischen M.er und anderen bayerischen Bieren und auch die verschiedenen M.er Biere erfreuen sich verschiedener Beliebtheit. Für den Besuch einer Wirtschaft ist nicht nur die Persönlichkeit und Tüchtigkeit des Wirtes usw. maßgebend, sondern auch die Art des Bieres. Dessen Beschaffenheit wirkt freilich nur mit für die Beurteilung und Wertschätzung des Bieres; deshalb kann dahingestellt bleiben, ob das U.-Bier besser oder schlechter ist, als das M. K.-Bier. Auch der verschiedenartige Geschmack der Biertrinker äußert Einfluß. Entscheidend aber ist der Ruf der Brauerei und des Bieres, wobei die Gründe für diesen Ruf gleichgültig sind. Es bedarf nur des Hinweises darauf, daß in jeder Wirtschaft Zettel angebracht sind, die anzeigen, welches Bier ausgeschenkt wird und daß da, wo solche fehlen, aus den Getränkekarten zu ersehen ist, aus welcher Brauerei das Bier stammt. Bei einem Bierlieferungsvertrag ist also der geschuldete Gegenstand nicht nur der Gattung nach bestimmt, sondern besteht in einer bestimmten Unterart der Gattung. Wird Ware anderer Unterart, anderes Bier, Bier aus anderer Brauerei, Bier mit anderem Namen geliefert, so wird anderes geliefert als geschuldet ist, die Lieferung ist nicht vertragsmäßig. c) Die Klägerin behauptet, daß die Warenzeichen der M. K. auf sie übergegangen seien, daß sie deshalb berechtigt sei, ihr Bier als M. K.-Bier zu bezeichnen und daß ihre Abnehmer das gleiche Recht haben. Allein es mag davon abgesehen werden, daß sie selbst von diesem Rechte z. Z. nicht Gebrauch macht und die Warenzeichen sich hauptsächlich übertragen ließ, um andere Brauereien von dem Gebrauche auszuschließen. Entscheidend ist, daß eine Brauerei M. K. nicht mehr besteht, daß die Firma erloschen ist,

daß im Verkehr das Bier in der Regel nach der Brauerei benannt wird, daß bei dem Interesse, das in M. und den Nachbarorten dem Brauereiwesen entgegengebracht wird, die Biertrinker von den Vorzügen Kenntnis haben, demnach wissen, daß das als M. K.-Bier ihnen angebotene Bier U.-Bier ist und wegen des Verschleierungsversuches Mißtrauen fassen würden. d) Mit Recht hat demnach der Erstrichter den Rücktritt vom Vertrage (§ 325 BGB.) für gerechtfertigt erklärt; die Lieferung von M. K.-Bier ist unmöglich geworden; die Unmöglichkeit ist dadurch verursacht, daß die Brauerei M. K. ihr Vermögen an eine andere Brauerei unter Umständen übertrug, welche ihre Auflösung und die Erlöschung ihrer Firma zur Folge hatten; diesen Umstand hat sie zu vertreten; die Voraussetzungen für den Rücktritt sind gegeben. e) Die Klägerin macht geltend, daß der Beklagte eine Verschmelzung in den Bereich seiner Erwägungen ziehen und wenn er für diesen Fall nicht gebunden sein wollte, dies zum Ausdruck bringen mußte. Dem ist nicht zuzustimmen. Zuzugeben ist, daß ein Recht zum Rücktritt aus solchem Grunde dann nicht gegeben ist, wenn eine Verschmelzung mit einer anderen Gesellschaft vorgesehen ist und anderweitige Bestimmungen für einen solchen Fall getroffen sind. Es wird auch anzunehmen sein, daß ein im Aktienwesen bewanderter Mann mit einem solchen Falle zu rechnen und Vorsorge zu treffen hat. Für einen Wirt, der nur für eine kurze Zeit mit einer Brauerei einen Bierlieferungsvertrag schließt, liegt eine derartige Möglichkeit so ferne, daß er nicht daran denkt: ein Verhalten, das nicht als Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ausgelegt werden kann. Es war Sache der Brauerei, eine derartige Bestimmung in den Vertrag aufzunehmen, wenn sie den Folgen vorbeugen wollte. (Urt. vom 1. Juli 1905.)
K.

---

## Oberlandesgericht Augsburg.

**Zwangsvollstreckung aus einem Vergleiche mit unklarem Inhalt.** Am 4. März 1902 schlossen die Eheleute W. mit dem Wirt K. folgenden Privatvergleich: I. Die Eheleute W. verkaufen um 250 Mk. an K. nachstehende Gegenstände (folgen die Gegenstände, welche in der Zwangsvollstreckung größtenteils unpfändbar gewesen wären). II. a) Die Sachen werden dem Veräußerer mietweise belassen. Er hat hiefür eine Entschädigung von 10 Mk. jährlich zu leisten. b) Die Kündigungsfrist beträgt 3 Monate für beide Teile. III. K. räumt den Eheleuten W. ein Vorkaufsrecht unter nachstehenden Bedingungen ein: 1. K. verpflichtet sich, einen Kaufsabschluß W. sofort mitzuteilen. 2. W. hat sein Vorkaufsrecht innerhalb 8 Tagen auszuüben. 3. In diesem Falle ist der Kaufpreis sowie alle rückständige Miete sofort bar zu erlegen.

Im Jahre 1904 schwebte am Amtsgerichte Sch. zwischen K. als Kläger und den Eheleuten W. als Beklagten ein Rechtsstreit. Diesen beendigten die Parteien durch folgenden gerichtlichen Vergleich: I. (ohne Bedeutung). II. Der zwischen den Parteien abgeschlossene Mietvertrag vom 4. März 1902 bleibt aufrecht erhalten mit der Aenderung, daß die Miete für die im Vertrage benannten Gegenstände am 1. Oktober jedes Jahres zu zahlen ist und daß, falls sie nicht spätestens in einem Monate nach Fälligkeit entrichtet wird, die Beklagten sich der Zwangsvollstreckung aus dem Vertrage unterwerfen. III., IV. und V. (ohne Bedeutung). VI. Falls die Eheleute W. den im Vertrag vom 4. März 1902 stipulierten Kaufpreis von 250 Mk. nicht bis 1. Januar 1905 an K. bezahlt haben, unterwerfen sie sich der Zwangsvollstreckung.

Da die Eheleute W. bis 1. Januar 1905 nichts zahlten, erteilte K. dem Gerichtsvollzieher den Auftrag, auf Grund der Vergleiche Pfändung vorzunehmen. Dieser lehnte es ab, tätig zu werden, weil er aus den übergebenen Urkunden nicht ersehen könne, welche Rechte er verwirklichen solle. K. erhob nunmehr Erinnerungen gemäß § 766 ZPO. und beantragte, den Gerichtsvollzieher zur Vornahme der Zwangsvollstreckung anzuweisen. Das Amtsgericht erließ folgenden Beschluß: Der Gerichtsvollzieher wird zur Vornahme der Zwangsvollstreckung aus der vollstreckbaren Ausfertigung des in Sachen K. gegen W. am 22. Juni 1904 geschlossenen Vergleiches im Zusammenhalte mit dem Beschlusse von heute und mit dem am 4. März 1902 geschlossenen, im Vergleiche erwähnten Kauf- und Mietvertrag angewiesen. Auf sofortige Beschwerde der Eheleute W. erließ das Landgericht A. Beschluß: I. Der Beschluß des Amtsgerichts Sch. wird aufgehoben. II. Der vom Gläubiger K. gestellte Antrag wird zurückgewiesen. III. K. hat die Kosten zu tragen.

Aus den Gründen: Ziff. VI des Vergleiches vom 22. Juni 1904, um dessen Vollstreckung es sich handelt, ist so unklar, daß selbst dann, wenn der Inhalt des Kauf- und Mietvertrags vom 4. März 1902 angezogen wird, nicht entschieden werden kann, welche Art von Zwangsvollstreckung vorgenommen werden soll, ob die Pfändung beweglicher Sachen zugunsten einer Forderung des Gläubigers zu 250 Mk. zu erfolgen habe, oder ob, wie der Gläubiger behauptet, die Wegnahme der im Besitze der Schuldner befindlichen Gegenstände betätigt werden soll, ferner ob Inhalt und Umfang der Zwangsvollstreckung aus dem Vergleiche selbst, oder, wie der Erstrichter annimmt, aus dem Vertrag vom 4. März 1902 geschöpft werden muß. Bei dieser Unklarheit der Vergleichsbestimmung unter Ziff. VI, die sich schon daraus ergibt, daß der Erstrichter sie ergänzen und erläutern mußte, kann dem Gerichtsvollzieher nicht zugemutet werden, Ziff. VI zu vollstrecken (Falkmann, Zwangsvollstr. § 7 S. 63). Die Wirksamkeit des Vergleiches wird dadurch, daß die Leistungen der Parteien nicht mit einer zur Zwangsvollstreckung genügenden Sicherheit bezeichnet sind, nicht notwendig beeinträchtigt, es muß aber, wenn aus Ziff. VI vollstreckt werden soll, eine Ergänzung herbeigeführt werden.

Auf sofortige weitere Beschwerde des K. erließ das Oberlandesgericht Beschluß: I. Der Beschluß des Landgerichts A. wird aufgehoben. II. Die Entscheidung des Amtsgerichts Sch. wird wieder in Kraft gesetzt. III. Die Schuldner W. haben die Kosten zu tragen.

Aus den Gründen: Zufolge der nach § 766 Abs. 2 ZPO. ergangenen Entscheidung des Vollstreckungsgerichts ist der Gerichtsvollzieher zur Ausführung des Vollstreckungsauftrages des Gläubigers, auf Grund der Ziff. VI des Vergleiches die in der Entscheidung aufgeführten Gegenstände den Schuldnern wegzunehmen und dem Gläubiger zu übergeben, gehalten. Gegen diese Entscheidung können die Schuldner allerdings Einwendungen und Erinnerungen geltend machen, welche die Art und Weise der Zwangsvollstreckung oder das bei ihr vom Gerichtsvollzieher zu beobachtende Verfahren betreffen — § 766 Abs. I a. a. O. — solche wurden aber nicht erhoben, sondern zwischen den Parteien besteht inhaltlich der Begründung der sofortigen Beschwerde der Schuldner nur Streit über die Tragweite des Vergleiches, indem die Schuldner unter Widerspruch des Gläubigers behaupten, daß ihnen die Gegenstände vermietet worden seien und an diesen deshalb ein Gebrauchsrecht während der Mietzeit, die noch nicht beendet sei, zustehe, daß der Gläubiger an ihnen, da der Vertrag vom 4. März 1902 nur zum Scheine geschlossen worden sei, kein Eigentum erworben habe, und daß der Gerichtsvollzieher nicht wisse, welche Vollstreckungshandlungen er vornehmen solle. Allein ein solcher Streit über den Inhalt des Vergleiches und die Unvollziehbarkeit der in ihm vorgeschriebenen Leistung wegen deren Unvollständigkeit, Dunkelheit, Unmöglichkeit usf. kann nicht mit Be-

schwerde, sondern nur im Wege eines neuen Prozesses über die Auslegung des Vergleiches auf Grund der §§ 797, 767 ZPO. entschieden werden (Gruch. Beitr. Bd. 44 S. 1193; JW. 1889 S. 306 II; Struckmann u. Koch, ZPO., 7. Aufl., S. 397 Nr. 6; Planck, ZP. Bd. I S. 474 Ziff. 4; Falkmann, Zwangsvollstr. 1. Aufl. S. 99 Ziff. 2; RG. Bd. 25 S. 362). — Die sofortige Beschwerde des Schuldners gegen die Entscheidung des Vollstreckungsgerichts hätte sonach als unbegründet zurückgewiesen werden sollen. (Beschl. d. II. Z.-S. vom 1. April 1905, Beschw.-R. 50/03.)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Börger in Schwabmünchen.

## Landgericht Bamberg.

**Kann eine Berufsgenossenschaft gegen einen Betriebsunternehmer auf Grund des § 136 des Gewerbeunfallversicherungsgesetzes bzw. des § 46 des Bauunfallversicherungsgesetzes Regreß nehmen, wenn der Unternehmer durch rechtskräftiges strafgerichtliches Urteil freigesprochen ist?** Am 24. Oktober 1902 verunglückte in der bei B. gelegenen Ziegelei des Baumeisters E. der dort beschäftigte Ziegeleiarbeiter N. dadurch, daß er beim Unterhöhlen einer Erdschichte von der einstürzenden Lehmwand verschüttet und ihm der Brustkorb eingedrückt wurde; der Tod trat alsbald ein. Gegen den Besitzer der Ziegelei E. und gegen dessen Ziegelmeister A. wurden Strafverfahren wegen fahrlässiger Tötung eingeleitet; E. wurde freigesprochen, A. zu vier Monaten Gefängnis verurteilt. Die Ziegeleiberufsgenossenschaft erkannte ihre Entschädigungspflicht an und zahlte an die Witwe des Verunglückten ein Sterbegeld von 50 Mk. und eine Monatsrente von 11 Mk. Im August 1904 beschloß der Genossenschaftsvorstand, die Ersatzpflicht des E. und des A. in Anspruch zu nehmen und erhob entsprechende Klage gegen E. und A. In der Richtung gegen A. wurde der Klage stattgegeben; in der Richtung gegen E. wurde die Klage abgewiesen.

Aus den Gründen: Nach dem Wortlaute, dem Sinne und der Entstehungsgeschichte des § 136 Abs. 1. Satz 2 des Gewerbeunfallversicherungsgesetzes ist anzunehmen, daß das den E. freisprechende Urteil an sich und ohne Rücksicht auf die ihm zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellungen und Rechtsausführungen ein nicht mehr zu beseitigendes Hindernis für die Geltendmachung des Regreßanspruchs gegen E. bildet. Nach § 96 des Unfallversicherungsgesetzes vom 6. Juli 1884 war das dort erforderte strafgerichtliche Urteil die einzige Voraussetzung für die Verbindlichkeit der Betriebsunternehmer zum Ersatze der von der Berufsgenossenschaft zu zahlenden Entschädigung (Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. XXXIII S. 89). Ohne ein den Betriebsunternehmer verurteilendes Erkenntnis war die Geldendmachung der zivilrechtlichen Haftung des Unternehmers nicht zulässig; andererseits entfiel die Haftung des Unternehmers, wenn seine Schuld in einem Strafurteile rechtskräftig verneint worden war. Der § 96 I a. a. O. ist mit einer ganz unwesentlichen redaktionellen Abänderung in den dem Reichstag vorgelegten Entwurf eines Gewerbeunfallversicherungsgesetzes übergegangen. Bei den Beratungen des Entwurfes wurden wiederholt Anträge gestellt, die den § 96 dahin einzuschränken bezweckten, daß der Regreßanspruch der Genossenschaft von der strafgerichtlichen Verfolgung des schuldigen Betriebsunternehmers unabhängig sein solle. Diese Anträge gelangten aber nicht zur Annahme (Begründung zu §§ 95 u. 96 des Entw. z. GewerbeunfallversicherungsG. Stenographische Berichte über die Verhdlg. des Reichstages, 10. Legislaturperiode, I. Session 1898/1900, Anl.Bd. VI S. 4514 15, 4723/24). Erst bei der 3. Beratung wurde jene einschneidende Abänderung des § 96 Abs. I beschlossen, die nunmehr als § 136 Gesetz geworden ist. Der Regierungskommissär sprach nach der Abstimmung über § 96 sein Bedauern darüber aus, daß der Schutz, der den Mitgliedern gegen die Regreßansprüche der Berufsgenossenschaft bisher dadurch zur Seite gestanden habe, daß sie, ehe sie wegen Ersatzes angefaßt werden konnten, zunächst strafrechtlich verurteilt sein mußten, ihnen fortan verloren gehen werde (Stenogr. Berichte Bd. VII S. 5779 80). Aus dieser Entstehungsgeschichte des § 136 (§ 96 des Entwurfes) ergibt sich, daß die Regreßpflicht der Betriebsunternehmer durch die Novelle vom Jahre 1900 allerdings eine nicht unbeträchtliche Verschärfung gegenüber den Bestimmungen des Entwurfes und des ihm zugrunde liegenden Unfallversicherungsgesetzes vom 6. Juli 1884 erfahren hat. Eine solche Verschärfung ist aber nur nach der positiven Seite hin insofern eingetreten, als die Geltendmachung des Regreßanspruches der Berufsgenossenschaft nicht mehr durch die strafgerichtliche Verurteilung des Betriebsunternehmers bedingt ist. Dies und nicht mehr wollen die Worte „auch ohne Feststellung durch strafgerichtliches Urteil“ in § 136 Abs. I Satz 2 besagen. Dagegen ist an dem Grundsatze des früheren Rechts, daß das freisprechende Strafurteil für den Zivilrichter bindend sein solle, nichts geändert worden. Die gegenteilige Annahme würde eine unerträgliche Verschlechterung der Rechtsstellung des Unternehmers in Haftungsfragen gegenüber dem früheren Rechtszustande zur Folge haben, während man lediglich die Regelung der Ersatzpflicht auf gütlichem Wege ohne Anrufung des Strafrichters ermöglichen wollte. Endlich hätte die bezeichnete Vorschrift eine ganz andere Fassung erhalten müssen, wenn die Regreßpflicht des Unternehmers trotz Vorliegens einer die Schuldfrage verneinenden Feststellung des Strafrichters hätte statuiert werden wollen. (Urt. v. 20. Dez. 1904).

Mitgeteilt von Rechtspraktikant G. Hahn.

## Literatur.

**Steiner, Anton,** Amtsrichter in München. Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung vom 24. März 1897 unter besonderer Berücksichtigung des bayr. Ausführungs-Gesetzes und der einschlägigen Vollzugsvorschriften erläutert. München 1905, J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). Geb. Mk. 9.60.

Das Werk liegt nunmehr fertig vor (vgl. die Besprechung Nr. 12 S. 288). Die Erläuterungen zu den schwierigen Abschnitten, die das Verteilungsverfahren und die Zwangsverwaltung behandeln, zeigen wiederum, wie selbständig der Verfasser zu allen Fragen Stellung genommen hat, und welche reiche praktische Erfahrung er besitzt. Ein mit reichlichem Inhalt gefüllter Anhang dient zur Ergänzung des Hauptteils. Da die Anwendung eines neuen Verfahrens stets eine augenblickliche Unbehilflichkeit und Ratlosigkeit der Vollzugsorgane auch bei der Abfassung der einfachsten Beschlüsse und Verfügungen notwendig mit sich bringt, hat der Verfasser mit Recht auf die sorgfältige Ausarbeitung zahlreicher Muster Bedacht genommen. Dadurch, daß er hierbei am Rande die einschlägigen Gesetzesstellen vermerkt hat, wird der Leser angeleitet, den Zusammenhang der einzelnen Vorschriften zu beachten und vor dem nur routinenmäßigen Gebrauch gewarnt. Abgedruckt sind im Anhang auch zahlreiche gebührenrechtliche Vorschriften.

von der Pfordten.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, II. Staatsanwalt im K. Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

Nr. 21. München, den 1. November 1905. 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).



Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.



## Zurückbehaltungsrecht zur Sicherung verjährter Ansprüche.

**§§ 222, 223, 273 BGB.**

Von **J. Schäfer,** Oberlandesgerichtsrat in Bamberg.

In einem Rechtsstreite wegen Herausgabe einer Erbschaft hatte der Beklagte als Erbschaftsbesitzer bezüglich verschiedener ihm gegen den Nachlaß zustehender Haupt- und Nebenforderungen ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht. Dieses Recht wurde auch vom Gerichte anerkannt, und zwar für alle Ansprüche des Beklagten, namentlich auch für verjährte Zinsen, unter der Begründung, die eingetretene Zinsenverjährung sei ohne Bedeutung; denn es könne auch wegen eines verjährten Anspruchs das Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden, da die Verjährung das Forderungsrecht nicht aufhebe.

Dieser Ansicht stehen erhebliche Bedenken entgegen; es dürfte daher nicht überflüssig sein, in nachstehendem kurz zu erörtern, ob zur Sicherung verjährter Ansprüche überhaupt und im besonderen auch verjährter Zinsen und anderer wiederkehrender Leistungen ein gesetzliches Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB. besteht.

### I. Zurückbehaltungsrecht für verjährte Ansprüche überhaupt.

Der § 273 gewährt dem Schuldner die Befugnis, wegen eines ihm gegen den Gläubiger zustehenden fälligen Anspruchs die geschuldete Leistung so lange zu verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird; das ist das Zurückbehaltungsrecht, welches sich nicht allein auf Leistung von Sachen, sondern auch auf Leistung von Handlungen, sohin auf Forderungen aller Art erstreckt. Dieses Recht dient dem Schuldner als Sicherungs- und Zwangsmittel zur Verfolgung seines Anspruchs, nicht aber als Mittel zur Deckung oder Befriedigung (Motiv. z. BGB. Bd. 2 S. 42; Endemann, Lehrb. d. BR. 6. Aufl., Bd. I § 125 Ziff. 3, Planck, Komm. z. BGB. 3. Aufl. § 273 Ziff. 4). Neben diesem gesetzlichen Retentionsrechte gibt es auch ein vertragsmäßiges; eine besondere Art des gesetzlichen Zurückbehaltungsrechts ist das kaufmännische (§§ 369—372 HGB.). Hier ist nur von dem allgemeinen Zurückbehaltungsrechte des § 273 BGB. die Rede.

Diese Gesetzesstelle enthält neben anderen hier nicht weiter interessierenden Voraussetzungen für die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts die Vorschrift, daß der Schuldner, welcher seine Leistung verweigern will, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger haben muß. Darüber nun, wie dieser Anspruch beschaffen sei, ob er klagbar und einredefrei sein soll, besteht Streit; insbesondere ist strittig, ob auch verjährte Ansprüche das Retentionsrecht begründen. Soweit ich die Literatur zu übersehen vermag, haben sich für die Bejahung der letzteren Frage ausgesprochen:

Staudinger, Komm. z. BGB. 1. Aufl. § 273 Ziff. I Nr. 4; Schollmeyer, das Recht der Schuldverhältnisse, § 273 Anm. 2a; Rehbein, das BGB., Erläut. z. §§ 291—292 Anm. 77; Fischer-Henle, das BGB. 6. Aufl. § 273 Ziff. 3 (ohne nähere Begründung);

für die Verneinung:

Planck, a. a. O. § 273 Ziff. 2a α; Dernburg, BR. Bd. 2 § 57 Anm. 7; Endemann, Lehrb. d. BR. 6 Aufl. Bd. 2 § 125 Anm. 9; Staudinger, Komm. z. BGB. 2. Aufl. § 273 Ziff. I 1 Abs. 4d (in beschränkter Weise).

Letztere Ansicht halte ich aus folgenden Gründen für zutreffend.

1. Nach dem Wortlaute des Gesetzes muß der Schuldner einen fälligen Anspruch haben. Dieser Ausdruck bedeutet, daß dem Schuldner das klagbare, einredefreie Recht zustehen muß, sofort vom Gläubiger eine Leistung zu fordern. Die Bedeutung des Wortes „Anspruch" ergibt sich aus § 194 Abs. 1 BGB.: ein Anspruch im Sinne des BGB. liegt nur vor, wenn das Recht, eine Leistung zu fordern, gegen eine bestimmte Person begründet ist (Planck a. a. O., Bd. 1 Vorbem. S. 52 VII). Daraus folgt, daß eine natürliche Verbindlichkeit keinen „Anspruch" im Sinne des Gesetzes für den Berechtigten begründet, weil ein Recht, die Leistung zu fordern, nicht oder nicht

mehr besteht. Dem BGB. ist die Klagbarkeit ein wesentliches Moment des „Anspruchs"; wo keine Klagbarkeit, da auch kein Anspruch (Schollmeyer, a. a. O. Vorbem. S. 2). Ebenso kann das mit einer zerstörlichen Einrede behaftete Recht des Schuldners auf eine Leistung nicht mehr als „Anspruch" im gesetzlichen Sinne angesehen werden, weil es mit Erfolg nicht mehr geltend gemacht werden kann. Aber auch nicht einmal eine verzögerliche Einrede darf vorhanden sein, sondern der Anspruch muß fällig sein. Auch aus diesem Beisatz geht hervor, daß der Anspruch verfolgbar sein muß und zwar sofort. Was würde das Erfordernis der Fälligkeit für einen Wert haben, wenn das Recht auf die betreffende Leistung wegen Bestehens einer peremtorischen Einrede oder aus sonstigem Grunde ganz ausgeschlossen und gerichtlich nicht erzwingbar wäre? Es muß also dem Schuldner ein klagbares, einredefreies, fälliges Recht, vom Gläubiger die fragliche Leistung zu fordern, zustehen, die Richtigkeit dieser Auffassung bestätigen auch die Motive (Bd. II S. 42), wo es heißt:

„Vom Standpunkte des BGB. ist ferner irrelevant für die Zulässigkeit des Retentionsrechtes der Umstand, daß der Retentionsberechtigte seinen Anspruch auch mittels Klage verfolgen kann. Im Gegenteil: mit der vollen Wirksamkeit des Anspruchs ist auch beim Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen die Zurückbehaltungsbefugnis von selbst gegeben, wie die volle persönliche Haftung des zunächst fordernden Teiles wegen des Anspruches des Retinenten für die Regel die Voraussetzung des Zurückbehaltungsrechtes ist."

Von einer vollen Wirksamkeit des schuldnerischen Anspruchs und einer vollen Haftung des Gläubigers hierfür kann nur die Rede sein, wenn der Anspruch rechtlich verfolgbar ist und ihm weder peremtorische, noch dilatorische Einreden entgegenstehen.

2. Auch aus dem gesetzlichen Zwecke des Retentionsrechts einerseits und der Anspruchsverjährung andererseits geht hervor, daß ein verjährter Anspruch zur Ausübung des ersteren Rechts nicht genügt.

Durch die Verjährung (§ 222 Abs. 1) wird der Schuldner berechtigt, die Leistung zu verweigern; durch das Zurückbehaltungsrecht wird aber ein indirekter Zwang betätigt und der Gegner zur Erfüllung des verjährten Anspruchs veranlaßt. Es würde also die Verjährungseinrede wertlos gemacht und der Schuldner das, was er im Wege der Rechtshilfe, durch Klage und Einrede, nicht erlangen kann, durch Selbsthilfe erreichen. Es kann aber doch vernünftigerweise nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, das dem Schuldner durch § 222 Abs. 1 gewährte Recht auf Umwegen durch die Vorschrift des § 273 wieder entziehen zu wollen.

3. Die von den Vertretern der gegenteiligen Auffassung vorgebrachten Gründe sind wenig stichhaltig.

a) Rehbein a. a. O. führt aus:

„Verjährte Forderungen sind nicht klagbar, aber nicht bloß erfüllbar — § 222 — und aufrechenbar unter Voraussetzung des § 390 Satz 2, sondern auch Grundlage von Anerkenntnis und Sicherheitsleistung — § 222 Abs. 2 — und folgerecht auch der Einrede aus § 273."

Dagegen ist folgendes zu bemerken. Freilich kann der Schuldner eine verjährte Forderung erfüllen, anerkennen und sicherstellen; aber dies sind lauter freiwillige Handlungen des Schuldners; durch das Zurückbehaltungsrecht soll er jedoch zur Befriedigung des Gläubigers bezüglich einer Forderung gezwungen werden, welcher das BGB. die Erzwingbarkeit ausdrücklich abspricht (Endemann a. a. O.). Die Folgerung, der Schuldner könne, weil er den verjährten Anspruch freiwillig erfüllen darf, auch vom Gläubiger durch das Retentionsrecht dazu gezwungen werden, ist nicht schlüssig.

Was die Zulässigkeit der Aufrechnung mit einer verjährten Forderung anlangt, so wird hierüber das Nähere später erörtert werden. Hier soll nur darauf hingewiesen werden, daß, wenn man das Zurückbehaltungsrecht für verjährte Ansprüche allgemein und uneingeschränkt zuließe, dies zur Umgehung der Vorschrift des § 390 Satz 1 führen würde. Nach der in § 390 Satz 1 enthaltenen Regel kann eine Forderung, welcher die Einrede der Verjährung entgegensteht, nicht aufgerechnet werden; nach Satz 2 ist dies aber zulässig, wenn die Forderung in der Zeit noch nicht verjährt war, zu welcher sie gegen die andere Forderung aufgerechnet werden konnte; es könnte nun, wenn die Ansicht Rehbeins richtig wäre, die Erfüllung einer verjährten Forderung, welche wegen Mangels der Voraussetzung des Satzes 2 nicht aufrechenbar wäre, doch durch Geltendmachung des Retentionsrechts herbeigeführt werden.

b) Schollmeyer a. a. O. bringt vor:

„Auch darf der Forderung des Schuldners keine Einrede entgegenstehen . . . daß endlich auch wegen eines verjährten Gegenanspruchs das Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden darf, folgt aus § 222 (vgl. auch § 390 S. 1, wo die Aufrechnung mit verjährter Gegenforderung untersagt ist, während sich eine gleiche Vorschrift bezüglich des Zurückbehaltungsrechts in § 273 nicht findet)."

Dagegen ist folgendes einzuwenden: Wenn Schollmeyer zuerst ganz richtig sagt, der Forderung des Schuldners dürfe keine Einrede entgegenstehen, dann aber doch die Zurückbehaltung zugunsten eines verjährten Gegenanspruchs zuläßt, so gerät er mit sich selbst in Widerspruch; denn die Verjährung ist ja eine Einrede, welche dem Anspruche des

Schuldners entgegensteht, und es folgt daher gerade aus § 222 Abs. 1, daß das Zurückbehaltungsrecht wegen verjährter Forderungen nicht statthaft ist.

Etwas anderes kann auch nicht aus § 222 Abs. 2 gefolgert werden, wonach das zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs Geleistete nicht zurückgefordert werden kann. Mit Recht bemerkt hierzu Planck a. a. O., daß der Ausschluß dieser Rückforderung nicht genügt, um den Anspruch als Grundlage für das Zurückbehaltungsrecht geeignet zu machen, weil durch dieses der Anspruch **aktiv** geltend gemacht wird. Zwischen der Rückforderung des in freiwilliger Erfüllung des verjährten Anspruchs Geleisteten und der aktiven Geltendmachung eines solchen Anspruchs ist ein wesentlicher Unterschied: im ersten Falle ist eine Naturalobligation erfüllt worden und deshalb die Rückforderung ausgeschlossen; im letzteren soll erst eine durch Einrede geschützte, noch nicht erfolgte Leistung erzwungen werden. Wenn das Gesetz das Eine untersagt hat, kann man nicht daraus schließen, daß es dadurch das Andere gestatte. Aus § 222 kann also die Bejahung der Streitfrage nicht gefolgert werden.

Auch der Hinweis auf § 390 Satz 1 und das Fehlen einer gleichen Bestimmung bei § 273 ist unbehelflich. Der Satz 1 des § 390 war an sich gar nicht notwendig, da sich schon aus § 387 ergibt, daß Forderungen, denen eine Einrede entgegensteht, nicht aufgerechnet werden können (Schollmeyer a. a. O. § 390 Anm. 1); er mußte aber als Grundsatz an die Spitze des Paragraphen gestellt werden, um daran die Ausnahmebestimmung des Satzes 2 bezüglich der verjährten Forderungen anknüpfen zu können. Der Umstand, daß die Regel des Satzes 1 bei § 273 fehlt, beweist also nichts. Uebrigens war auch, wie schon oben erörtert, bei § 273 die bezügliche ausdrückliche Vorschrift deshalb nicht erforderlich, weil sie schon durch den Gesetzestext genügend zum Ausdruck gebracht war. Schollmeyer selbst gibt dies zu, indem er sagt, daß dem Anspruche des zurückbehaltenden Schuldners Einreden nicht entgegenstehen dürfen, obwohl dies im § 273 nicht ausdrücklich enthalten ist.

c) Im Kommentar von Staudinger, 1. Aufl. a. a. O. (bearb. von Mayring), heißt es:

„Auch wegen eines verjährten Anspruchs kann das Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden, da die Verjährung den Anspruch nicht aufhebt."

Letzteres ist zwar richtig; denn es besteht eine natürliche Verbindlichkeit fort; durch die Verjährung ist zwar der Anspruch, aber nicht das Recht selbst zerstört (Gareis, allgem. Teil des BGB. § 222 Ziff. 1); aber es ist schon oben darauf hingewiesen worden, daß eine Naturalobligation zur Begründung des Retentionsrechtes nicht genügt. Es soll jedoch dieser Punkt an einer anderen Stelle noch näher gewürdigt werden.

In der 2. Aufl. dieses Kommentars a. a. O. (bearb. von Kuhlenbeck) wurde die frühere Ansicht aufgegeben und in beschränkter Weise der gegenteilige Standpunkt angenommen, indem als Voraussetzung des Zurückbehaltungsrechtes erklärt wurde:

„d) Daß der Anspruch des Schuldners keine Naturalobligation ist ... dagegen können verjährte Ansprüche des Schuldners das Zurückbehaltungsrecht begründen, wenn die Verjährung noch nicht vollendet war, als der Anspruch des Gläubigers entstand (Analogie des § 390 Satz 2)."

Aber auch in dieser Einschränkung kann ein Zurückbehaltungsrecht zur Sicherung verjährter Ansprüche des Schuldners nicht anerkannt werden. Wenn gleichartige Ansprüche vorliegen, so ist in dem bezeichneten Falle die Aufrechnung zulässig, und es bedarf der Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes nicht; sind die Ansprüche aber ungleichartig, und ist deshalb die Aufrechnung unmöglich, so kann der für diese aufgestellte Satz 2 des § 390 als **Ausnahmebestimmung** mangels gesetzlicher Grundlage auch nicht **analog** auf ein ganz anderes Rechtsinstitut, wie es das Zurückbehaltungsrecht ist, angewendet werden.

Daß Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht zwei ganz verschiedene Rechtsinstitute sind, kann nicht bezweifelt werden. Aeußerlich haben sie allerdings Aehnlichkeit miteinander: bei beiden findet sich ein Zurückbehalten einer geschuldeten Leistung wegen eines Gegenanspruchs, und beide führen zu einer endgültigen Ordnung der gegenseitigen Ansprüche. Aber die Aufrechnung ist nur zulässig bei gleichartigen Ansprüchen, das Zurückbehaltungsrecht sowohl bei gleichartigen, wie bei ungleichartigen. Insbesondere ist der Grundgedanke beider Rechtsmittel verschieden: bei der Aufrechnung treten sich unabhängige, gegenseitige Forderungen auf eine Leistung entgegen; beide Teile werden aber **von ihrer Leistungspflicht entbunden**, und die Forderungen gelten, soweit sie sich decken, als **erloschen** (§ 389); beim Zurückbehaltungsrecht ist dagegen von einer **Aufhebung** der gegenseitigen Ansprüche keine Rede; vielmehr werden beide Teile zur **Erfüllung ihrer Leistungspflicht gezwungen** (Dernburg, Kompensation, 2. Aufl. S. 365 ff.; Windscheid, Pand. 8. Aufl. § 351 Nr. 3; Staudinger, 2. Aufl., a. a. O. Ziff. I 1 Abs. 3).

Die Zulässigkeit der hier angewendeten Gesetzesanalogie ist an sich allerdings für das Privatrechtsgebiet in Theorie und Praxis anerkannt, wird aber insoweit abgelehnt, als **Ausnahmerecht**, jus singulare, in Frage steht (Staudinger, wie vor, Bd. 1 Einl. S. 18). Da aber der Satz 2 des § 390 unzweifelhaft eine Ausnahmebestimmung enthält (Staudinger, 1. Aufl. § 390 Ziff. 1), so kann solche nicht analog auf ein grundsätzlich verschiedenes Rechtsinstitut übertragen werden.

Maßgebend ist also nicht der Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs des Gläubigers, sondern jener der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts des Schuldners; war zu letzterer Zeit der Anspruch des Retinenten schon verjährt, so ist die

Zurückbehaltung der Leistung an den Gläubiger nicht mehr statthaft.

d) Es ist schließlich noch der Umstand, daß der verjährte Anspruch nur mehr eine natürliche Verbindlichkeit bildet, im Hinblick auf die von Schollmeyer und Kuhlenbeck a. a. O. hierzu eingenommene Stellung etwas näher zu würdigen. Ersterer läßt das Zurückbehaltungsrecht wegen verjährter Ansprüche unbeschränkt zu und fährt dann fort:

„Dagegen wird wegen Forderungen aus Spiel und Wette die Retention zu versagen sein, ebenso wegen Aufwendungen oder Lohn des Ehemäklers, da in diesen Fällen das Gesetz jeden Zwang zur Erfüllung versagen will und die Retention ein indirekter Zwang sein würde."

Letzterer läßt das Zurückbehaltungsrecht wegen verjährter Ansprüche nur beschränkt zu und führt dabei aus:

„Das sog. Zurückbehaltungsrecht des § 273 setzt voraus . . . d) daß der Anspruch des Schuldners keine Naturalobligation ist in dem oben S. 6 unter Vorbem. 6 b definierten Sinne; Forderungen aus Spiel und anderen echten Naturalobligationen, die nur erfüllbar, nicht erzwingbar sind, begründen keine Einrede aus § 273."

Beide geben also zu, daß echte Naturalobligationen, wie Spiel, Wette und Ehemäklerlohn, die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes nicht rechtfertigen. Aber auch der verjährte Anspruch ist eine Schuld ohne Haftung, sohin eine echte Naturalobligation; Kuhlenbeck räumt dies selbst an der oben zitierten Stelle (Bd. 2 S. 6, Vorbem. 6 b) ein (vgl. auch Endemann a. a. O. § 94 Ziff. II 4 Note 6; Planck a. a. O. Bd. 2 S. 6—7 Vorbem. IV); warum soll für den verjährten Anspruch etwas anderes gelten als für die übrigen Naturalobligationen? Gründe dafür werden von beiden Autoren nicht angegeben; es sind auch keine vorhanden: aus dem Gesetze selbst sind keine zu entnehmen; vielmehr beweist der Gesetzestext mit den Motiven das Gegenteil. Mit Recht stellt daher Planck a. a. O. den verjährten Anspruch hinsichtlich der Unzulässigkeit des Zurückbehaltungsrechtes den anderen Naturalobligationen Spiel, Wette und Ehemäklerlohn gleich; das allein ist folgerichtig.

4. Wenn man annimmt, daß das Zurückbehaltungsrecht zur Sicherung verjährter Ansprüche ausgeübt werden kann, obwohl das Forderungsrecht durch die Verjährung erloschen ist, so erklärt man damit den Retinenten für berechtigt, an dem Gegenstand der Retention eine Art von dinglicher Haftung geltend zu machen; man konstruiert also ein Rechtsverhältnis, wie es in § 223 bezüglich des Hypothek- und Pfandrechtes festgelegt ist. Nach § 223 Abs. 1 hindert die Verjährung des Anspruchs, für den eine Hypothek oder ein Pfandrecht besteht, den Berechtigten nicht, seine Befriedigung aus dem verhafteten Gegenstande zu suchen; es ist die persönliche Klage gegen den Schuldner zwar erloschen, aber die dingliche Haftung aus dem Pfande dauert fort. Die analoge Anwendung dieser Vorschrift auf das Zurückbehaltungsrecht des § 273 ist aber unstatthaft aus den gleichen Gründen, wie oben, nämlich weil auch hier verschiedene Rechtsinstitute und eine Ausnahmebestimmung in Frage sind. Das Zurückbehaltungsrecht als Sicherungs und Zwangsmittel ist allerdings seinem Zwecke und seiner Wirkung nach dem Hypothek- und Pfandrechte ähnlich, aber seiner rechtlichen Natur nach davon ganz verschieden. Das Hypothek- und Pfandrecht hat dingliche Eigenschaft; darauf gründet sich seine vorbezeichnete Fortwirkung trotz der Verjährung des persönlichen Anspruchs; das Zurückbehaltungsrecht ist aber rein obligatorischer Natur. Das kaufmännische Retentionsrecht, welches den Gläubiger berechtigt, sich aus dem zurückbehaltenen Gegenstande für seine Forderung zu befriedigen (§ 371 HGB.), ist zwar ein pfandähnliches Institut, aber doch kein wahres Pfandrecht; noch weniger ist dies der Fall bei dem Zurückbehaltungsrecht des § 273, das vom kaufmännischen Retentionsrechte wesentlich verschieden ist, insbesondere dadurch, daß eine Befriedigung aus dem zurückbehaltenen Gegenstande nicht zugestanden ist (Staub, Komm. z. HGB. 6. und 7. Aufl. § 269 Anm. 1). Ist es auch strittig, ob das kaufmännische Retentionsrecht ein dingliches oder persönliches Recht ist (Staub a. a. O. Anm. 38), so besteht doch kein Zweifel, daß das allgemeine Zurückbehaltungsrecht des bürgerlichen Verkehrs ein persönliches Recht ist und nur obligatorisch wirkt. Es begründet bloß eine persönliche Einrede, und der zurückbehaltende Schuldner hat die Befugnis nicht, sich wie ein Pfand- oder Hypothekgläubiger aus der geschuldeten Leistung wegen seiner Forderung an den Gläubiger zu befriedigen (Mot. Bd. 2 S. 41; Schollmeyer a. a. O. § 273 Ziff. 3); jede dingliche Wirkung ist ausgeschlossen. Daß der § 223 eine Ausnahme von der Regel des § 222 enthält, bedarf keiner näheren Erörterung.

Aus allen diesen Gründen dürfte die Unzulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts zur Sicherung verjährter Ansprüche überhaupt dargetan sein.

### II. Zurückbehaltungsrecht für Zinsen und andere wiederkehrende Leistungen.

Wollte man das Zurückbehaltungsrecht wegen verjährter Ansprüche an sich gelten lassen, sodaß also die vorbesprochene dingliche Wirkung in analoger Anwendung des § 223 Abs. 1 bestünde, so müßte doch eine Ausnahme bezüglich der Zinsen und anderer wiederkehrender Leistungen Platz greifen; denn wenn der Abs. 1 des § 223 analog angewendet wird, muß dies auch mit dem Abs. 3

a. a. O. geschehen, da es nicht angeht, die Regel ohne die dazu gehörige Ausnahmebestimmung anzunehmen. Nach Abs. 3 a. a. O. tritt die Verjährung der obigen periodischen Leistungen, gleichviel ob sie für sich allein oder neben einem Hauptanspruche durch Hypothek oder Pfandrecht gesichert sind, mit dem Ablauf der Verjährungsfrist endgültig ein, und die Einrede der Verjährung ist wirksam ohne Unterschied, ob die Befriedigung bei dem Schuldner selbst oder aus der verpfändeten Sache gesucht wird. Diese im Interesse des Pfandeigentümers getroffene Ausnahmebestimmung (Motive Bd. 1 S. 344) müßte auch auf den Eigentümer des Retentionsgegenstandes Anwendung finden; denn andernfalls wäre der Pfandeigentümer ohne jeden Grund viel besser gestellt als der Eigentümer des zurückbehaltenen Gegenstandes, und die Wirkung des Zurückbehaltungsrechts wäre größer als die des Hypothek- und Pfandrechts; dies kann aber nicht als richtig angenommen werden. Wenn also letztere Rechte die verjährten periodischen Leistungen nicht zu sichern vermögen, so kann dies auch das Zurückbehaltungsrecht nicht.

## Klagantrag und Urteilstenor bei Wandelungsklagen.

Von Dr. Friedrich Herbst, Rechtspraktikant in Nürnberg.

Im römischen Rechte wurde die Wandelung regelmäßig im Wege der Klage mittels der actio redhibitoria durchgeführt. Das geltende Recht steht auf dem entgegengesetzten Standpunkt. Nach dem BGB. ist es das Normale, daß der Wandelung begehrende Käufer sich in Güte mit dem Verkäufer außergerichtlich einigt. Hierüber dürfte in der Literatur wohl Einstimmigkeit herrschen. (Vgl. z. B. Oertmann, das Recht der Schuldverhältnisse, zu § 462 S. 186).

Das Gesetz zwingt durch seine positiven Bestimmungen, indem es in § 465 BGB. die Mitwirkung des Verkäufers beim Abschluß des Wandelungsvertrags verlangt, den Käufer, bei Vorhandensein eines Fehlers zunächst wenigstens den Versuch einer gütlichen Einigung mit dem Verkäufer zu machen. Erst wenn eine solche dadurch nicht zustande kommt, daß der Verkäufer sich weigert, das Vertragsanerbieten des Käufers anzunehmen, kann dieser seinen Anspruch gegen den Verkäufer im Wege der Klage geltend machen. Worauf muß dann der Klagantrag des Käufers gerichtet sein und wie hat der Urteilstenor zu lauten?

Nach der von der 2. Kommission gewollten und u. E. auch im Gesetz zwingend ausgedrückten Konstruktion der Wandelung ist diese die Einigung zweier Parteien auf Begründung eines Schuldverhältnisses und charakterisiert sich daher juristisch als **Vertrag**, der freilich insoferne eine Eigentümlichkeit aufweist, als „der Empfänger des Vertragsantrags zur Annahme gesetzlich verpflichtet ist, falls die Voraussetzungen für das Recht des Käufers zur Wandelung vorhanden sind" (Prot. Bd. I S. 710). Durch den Vollzug dieses Vertrags tritt an die Stelle des alten ursprünglichen Schuldverhältnisses ein neues, gerichtet auf Rückgewähr der empfangenen Leistungen. Das Recht des Käufers ist aber auch als ein Anspruch (Mot. II § 397 S. 238; dagegen Fischer-Henle, BGB. 1904 Anm. 1 zu § 194) konstruiert, d. h. er kann von dem Verkäufer ein Tun oder Unterlassen verlangen (§ 194 BGB.). Worin besteht nun dieses „Tun" des Gegners, m. a. W. worauf ist der Wandelungsanspruch gerichtet?

Nach der hier vertretenen Ansicht, also vom Standpunkt der „Vertragstheorie" aus, wird die Tätigkeit des Verkäufers, welche mit dem Anspruch oder mit der Klage verlangt wird, stets darin bestehen, daß der Beklagte entsprechend der Vorschrift des § 465 BGB. eine Willenserklärung abgibt, welche den Konsensualkontrakt der Wandelung zum Abschluß bringt. Diese Einwilligungserklärung, auf die es einzig und allein ankommen kann, gilt dann als abgegeben, wenn das zu ihrer Abgabe verurteilende Erkenntnis rechtskräftig geworden ist; denn nach § 894 ZPO. gilt eine Erklärung als abgegeben, sobald das Urteil, durch welches der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt wird, die Rechtskraft erlangt hat. Durch das rechtskräftige Urteil wird also die Einwilligung des Verkäufers ersetzt (vgl. Prot. I S. 680, 710; ebenso Planck, Komm. Bd. II Anm. zu § 465 S. 250; Oertmann a. a. O. zu § 465 S. 191; Staudinger, Komm. zu § 465 S. 211 u. a.).

Damit ist die Wandelung vollzogen, dem Käufer jedoch nicht viel genützt; denn weder hat er seinen Kaufpreis zurückerhalten, falls er ihn schon bezahlt hatte, noch ist ihm die mangelhafte Ware wieder abgenommen worden. M. a. W. es ist wohl der juristische Abschluß der Wandelung vollzogen, nicht aber der tatsächliche. „Demnach bedürfte es", wie Dernburg, das bürgerl. Recht Bd. II 2. Abt. § 185 V S. 58 meint, „um die Wandelung gegen den widerstrebenden Verkäufer durchzuführen, stets zweier Prozesse, einen auf Abschluß des Vertrags, einen zweiten auf dessen Verwirklichung."

Dies wäre aber ein Ergebnis, auf das sich die Praxis niemals einlassen würde. Und eben wegen dieser Ergebnisse — Haymann in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 542 nennt sie „unerhörte" — hat auch die Vertragstheorie gerade aus den Reihen der Praktiker so heftige Angriffe erfahren. Es wurde daher von den Anhängern dieser Theorie ein Ausweg gesucht und auch gefunden, der die Notwendigkeit der Anstellung zweier Prozesse vermeidet und so auch von dem Standpunkt dieser Theorie aus zu einem praktisch annehmbaren Ergebnis führt. Man hat es für möglich erklärt,

die beiden Klagen in eine einzige zu verbinden, und zwar wurde es auf die verschiedensten Arten[1]) versucht, die Zulässigkeit der Verbindung beider Ansprüche — auf Abschluß des Wandelungsvertrags und Rückgewähr des Kaufpreises — in einer Klage zu begründen, obwohl es auf den ersten Blick rechtlich und logisch unmöglich scheint, in einem Klagantrag den Abschluß eines Vertrags und zugleich die aus ihm sich ergebenden Folgen zu verlangen.

Das Mittel hiezu gibt § 259 ZPO. an die Hand. Besonders Kuhlenbeck, (Von den Pand. z. BGB. Bd. II S. 260) und Dernburg a. a. O. Bd. II 2. Abt. § 185 V Anm. 12 S. 58 haben im Anschluß an diese Bestimmung die Begründung der Klagverbindung versucht und u. E. verdient diese Art die meiste Billigung unter den verschiedenen Versuchen; dürften doch gerade gegen diese sachliche und durchgreifende Gründe kaum vorzubringen sein.

Einerseits kann es kaum einem Zweifel unterliegen, daß § 259 ZPO. auch auf bedingte Ansprüche anwendbar ist (vgl. Gaupp-Stein, Komm. 6. u. 7. Aufl. Bd. I Nr. I zu § 259 S. 566). Andererseits ist es ebenso klar, daß im gegebenen Falle die Besorgnis gerechtfertigt ist, „daß der Schuldner der rechtzeitigen Leistung sich entziehen werde". Denn weigert sich schon der Verkäufer, freiwillig die einfache Willenserklärung der Einwilligung in die Wandelung abzugeben und so den Rechtsgrund für seine spätere Verpflichtung zur Rückerstattung zu schaffen, wieviel mehr wird er sich erst sträuben, der letztgenannten Verpflichtung nachzukommen! Die Besorgnis, daß der Verkäufer sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde, ist daher auch nach Kuhlenbeck a. a. O. immer gegeben, sobald er die Einwilligung in die Wandelung ablehnt. (Ebenso Kohler a. a. O. S. 289.)

Es unterliegt demnach keinerlei juristischem Bedenken, den Antrag auf Abgabe der Erklärung des Einverständnisses mit der Wandelung mit dem auf Rückzahlung des Kaufpreises zu verbinden. (Vgl. Protokolle Bd. I S. 680.) Mit diesen Ausführungen stimmt auch die Entscheidung des OLG. Marienwerder vom 5. November 1901 (in R. d. OLG. Bd. 4 S. 35) überein, welche es als zulässig erklärt, in einem Prozesse über das Verlangen des Käufers, in die Wandelung zu willigen und über die Verwirklichung dieses Verlangens zu entscheiden.

[1]) Eine Aufzählung der verschiedenen Versuche, die Möglichkeit der Klagverbindung nachzuweisen, dürfte über den Rahmen dieses Aufsatzes hinausgehen. Zur näheren Orientierung sei deshalb nur auf die Ausführungen von Eccius, die Gewährleistung weg. Mängel der Sache nach dem BGB. in Gruchots Beitr. Bd. 43 S. 320 (gegen ihn Flechtheim, Aufhebungsanspruch und Einrede, in Gruchots Beitr. Bd. 44 S. 74 ff.), Kipp, die Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen S. 61 f.; Kohler, im ArchCivPrax. Bd. 80 S. 288 ff.; Haymann a. a. O. S. 517 verwiesen.

Damit ist ein Klagpetitum geschaffen, welches für alle Fälle der Wandelung das gleiche ist; es ist belanglos, ob der Käufer den Kaufpreis schon bezahlt hat oder nicht, ob er die mangelhafte Ware schon zurückgesandt hat oder ob sie sich noch bei ihm befindet oder ob sie vielleicht untergegangen ist, stets ist, wenigstens primär, auf die Erklärung des Einverständnisses mit der Wandelung zu klagen. Nur diese allein kann im Falle der Wandelungsklage die streitige Verpflichtung bilden.

Noch möge die Frage des näheren erörtert werden, ob es unbedingt notwendig ist, daß bei schon gezahltem Kaufpreis der Klagantrag auf Einwilligung in die Wandelung und Rückgewähr des gezahlten Kaufpreises gerichtet ist, oder ob es zulässig und auch genügend ist, daß der Klagantrag unmittelbar auf Erstattung des Kaufpreises lautet. Diese letztere Ansicht hat besonders in jüngster Zeit in Endemann und Goldmann-Lilienthal Vertreter gefunden; dabei ist es nicht uninteressant, sich zu erinnern, daß beide die Herrschaft der Vertragstheorie anerkennen. (Vgl. Endemann, Lehrbuch Bd. I § 161 S. 995 und Goldmann-Lilienthal, das BGB. 2. Aufl. Bd. I 3. Abt. Abs. § 135 S. 499 f.)

Damit stimmen auch die Protokolle überein und eine bisher immer gegen die Vertragstheorie zu Felde geführte Stelle in diesen findet u. E. auf diese Weise ihre natürliche Erklärung. Der § 402 Abs. 1 des Entw. II sollte ursprünglich die Fassung erhalten (Prot. Bd. I S. 708):

> „Die Wandelung .... ist vollzogen, wenn der Verkäufer sich dem Käufer gegenüber mit dem Verlangen des letzteren, daß der Verkauf rückgängig gemacht .... werde, einverstanden erklärt hat, oder zur Wandelung .... rechtskräftig verurteilt ist."

Mit den letzten Worten war natürlich nicht ein Urteil gemeint, das den Verkäufer zur Abgabe der Erklärung des Einverständnisses verurteilt. Dies besonders hervorheben zu wollen, wäre ganz überflüssig gewesen, denn nach § 894 ZPO. ersetzt ein solches Urteil mit Eintritt der Rechtskraft ipso iure die Erklärung. Nein, nur auf ein solches Urteil konnten diese Worte sich beziehen, welches unmittelbar zu den Folgen aus dem rückgängig gemachten Kauf verurteilte. Dies sollte auch mit den bisher stets mißgedeuteten[1]) Worten der Protokolle (Bd. I S. 710) ausgedrückt werden:

> „Es empfehle sich, letztere (die Verurteilung) neben der Erklärung des Einverständnisses besonders zu erwähnen, weil die Erklärung nach der ZPO. § 894 nur durch ein zur Abgabe derselben verurteilendes Erkenntnis ersetzt werde, während davon auszugehen sei,

[1]) Die Gegner der Vertragstheorie sehen darin ein Argument, welches gegen diese sprechen sollte. Wir glauben, nachgewiesen zu haben, daß dies keineswegs der Fall ist, sondern daß sich diese Stelle der Protokolle sehr wohl mit der Vertragstheorie vereinbaren läßt.

daß die Klage des Käufers und das ergehende Urteil nicht gerade auf die Einwilligung des Verkäufers in die Rückgängigmachung des Kaufes ..... gerichtet sein müsse!"

Bei der Redaktion durch die Redaktionskommission in der Bundesratsvorlage (§ 458—465 BGB.) ist der Passus über die Verurteilung allerdings gestrichen, aber offenbar nur, weil man ihn für selbstverständlich hielt. Die Streichung kann nur redaktioneller, nicht sachlicher Natur gewesen sein, weil die Redaktionskommission zu Aenderungen letzterer Art kraft eigenen Rechts nicht befugt war und eine nochmalige Beratung der Gesamtkommission, wie sie bei vorgeschlagenen sachlichen Aenderungen vorgenommen werden mußte (s. Prot. Bd. VI S. 382 f.), hinsichtlich dieses Paragraphen nicht stattgefunden hat (so Heuer in „Das Recht" 1902 S. 97).

Aus alledem müssen wir zu der Ueberzeugung gelangen, daß es unerheblich ist, wenn neben dem Anspruch auf Rückzahlung im Klagantrag derjenige auf Einwilligung in die Wandelung nicht besonders erwähnt wird; es genügt, wenn nur die aus der vollzogenen Wandelung sich ergebenden Folgen klageweise geltend gemacht werden und der den Verkäufer nur zu diesen verurteilende Richterspruch ersetzt die Erklärung der Einwilligung in die Wandelung, auch wenn diese im Urteilstenor nicht eigens genannt ist. So auch Werner, „Streitfragen aus dem Gebiete des Wandelungsrechtes" in „Das Recht" 1902 S. 338, der im übrigen die Vertragsnatur der Wandelung leugnet, und Simeon, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reich Bd. I S. 372 Anm. 15. In der Rechtsprechung wird diese Anschauung vertreten durch die oben zitierte Entscheidung des OLG. Marienwerder, welche ausführt, daß, wenn der Beklagte die Folgerungen ausgesprochen wissen will, die nur aus der erfolgten Wandelung sich ergeben können, damit stillschweigend der Antrag auf Einwilligung in die Wandelung gestellt ist. Ebenso die Entscheidung des OLG. Karlsruhe vom 20. Januar 1902 (in Bad. Rechtspraxis 1902 S. 218). Dagegen hat sich das gleiche Gericht in seiner Entsch. vom 9. Mai 1902 (in „Das Recht" 1902 S. 532) ausgesprochen. Auch das Reichsgericht hat sich nach einigem Zögern zu der hier vertretenen Ansicht bekannt. Es ist nicht uninteressant, den Weg zu verfolgen, den das Reichsgericht dabei zurückgelegt hat.

Ohne der Frage selbst näher zu treten, führt das Reichsgericht in seinem Urteil vom 8. Februar 1902 (in Bd. 50 S. 189) aus:

„Kläger beantragte, den Beklagten zu verurteilen, ihm die angezahlten 1500 Mk. nebst Zinsen zurückzuzahlen und ihn von den aus Anlaß des Kaufs übernommenen Verbindlichkeiten zu befreien. Kläger hat erklärt, daß er mit diesem Antrag in erster Reihe sein Wandelungsrecht .... geltend mache."

Das Wandelungsbegehren wurde nun in dem Urteile deshalb zurückgewiesen, weil Kläger die empfangene Leistung nicht zurückgewähren konnte, nicht aber deshalb, weil der Klagantrag anders hätte gestellt werden müssen. Ebenso enthält das Erkenntnis vom 16. Juni 1903 (Entsch. d. RG. Bd. 50 S. 105 ff.) nichts hierüber. In der späteren Entscheidung vom 21. März 1903 (mitgeteilt in DJZ. 1903 Beil. Nr. 10 und in JW. 1903 S. 68) machen sich anscheinend einige Zweifel geltend. Es heißt dort u. a.:

„Ob bei einem Sachmangel die angestellte Klage auf Einwilligung in die Wandelung zulässig sei, bleibe dahingestellt."

Damit scheint sich das Reichsgericht sogar auf die Seite der Gegner der Vertragstheorie schlagen zu wollen.

Vollständig übereinstimmend dagegen mit unseren Ausführungen ist die letzte der hier in Betracht kommenden Entscheidungen. Es ist dies das Erkenntnis des VII. Z.-S. vom 16. September 1904 (in JW. 1904 S. 552), welches es selbst vom Standpunkt der Vertragstheorie aus nicht für erforderlich erachtet, daß die Wandelungsklage noch besonders auf Einwilligung in die Wandelung neben dem Verlangen auf die Wandelungsleistung gerichtet ist.

Wir kommen also zu dem Ergebnis:

Auf keinen Fall hat der Mangel des ausdrücklichen Antrags auf Einwilligung in die Wandelung die Zurückweisung des allein erhobenen Leistungsanspruchs auf Rückzahlung des Kaufpreises, Rücknahme der Ware usw. deshalb ohne weiteres zur Folge, weil diesem Anspruch eine wesentliche Voraussetzung und Vorbedingung fehle. Ein vorsichtiger Richter wird jedoch, wenn er irgendwelche Bedenken hiebei hat, von dem ihm zustehenden Rechte nach § 139 ZPO. Gebrauch machen und darauf hinwirken, daß der seiner Ansicht nach unklare oder unzulässige Antrag durch Aufnahme der Verurteilung zur Abgabe der Einwilligungserklärung in das Klagbegehren ergänzt werde. Im Urteilssatze selbst ist dann die Einwilligung in die Wandelung auszusprechen. Denn jedenfalls ist dies der richtigere Weg und auf keinen Fall irgendwie zu beanstanden; die Möglichkeit dagegen, die Einwilligungserklärung in die Wandelung nicht besonders erwähnen zu müssen, soll nur einen Ausweg und Notbehelf bilden, um der gegen eine folgerichtige Durchführung der Wandelungstheorie sich so heftig sträubenden Praxis wenigstens einigermaßen, soweit es sich mit Gesetz und wissenschaftlicher Forschung noch vereinbaren läßt, ein Entgegenkommen zeigen zu können.

# Die Bestimmungen des bayerischen Kapitalrentensteuergesetzes über Steuerhinterziehung.

Von L. Oblagger, Rentamtmann in Eichstätt.

Nach den Bestimmungen des bayer. Kapitalrentensteuergesetzes macht sich einer Hinterziehung der Steuer schuldig:

A. Durch Unterlassung der Steuererklärung:

1. Wer ungeachtet ergangener öffentlicher Aufforderung der Verpflichtung zur Abgabe der in Art. 16 vorgeschriebenen Steuererklärung nicht nachkommt.

Hiezu bestimmt Art. 16, daß unmittelbar nach Ablauf der ersten zur Steuererklärung gegebenen Frist eine zweite öffentliche Bekanntmachung zu erlassen ist, in welcher sämtliche Erklärungspflichtige unter Hinweis auf die Strafbestimmungen des Art. 23 zur Abgabe ihrer noch rückständigen Steuererklärungen innerhalb einer zweiwöchigen Frist aufzufordern sind.

Die Aufforderung ergeht hienach nur an die Erklärungspflichtigen. Erklärungspflichtig ist aber nach Art. 14 jede im Genusse von Kapitalrenten im Sinne des Art. 1 des Gesetzes von mindestens 70 Mk. (d. h. jährl. 70 Mk. vgl. hieher Art. 2 Abs. I) befindliche Person oder deren gesetzlicher Vertreter oder bei den außer Bayern wohnenden Personen, deren Bevollmächtigter nach ergangener erster öffentlicher Aufforderung. Steuerbefreiung nach Art. 4, 5 und 6 des KapRStG. und subjektive Steuerfreiheit nach Art. 10 l. c. entheben nicht der Erklärungspflicht. Bei Steuerbefreiung nach Art. 4 Ziff. 1 und 2 wird jedoch aus praktischen Erwägungen die Erklärungspflicht nicht in Anspruch genommen. (Vgl. Seydel, Bayer. StR. Bd. II S. 453.)

Die Art der Bekanntmachung ist in § 7 der Vollz.Vorschr. vom 10. August 1899 geregelt. Demnach ist der Tatbestand der Hinterziehung gegeben, wenn eine im Bezuge von 70 Mk. Jahreskapitalrenten befindliche Person oder deren gesetzlicher Vertreter oder Bevollmächtigter nach zweimaliger öffentlicher gemäß § 7 der Vollzugsvorschriften ergangener Aufforderung innerhalb 2 Wochen vom Tage der zweiten Bekanntmachung an gerechnet, der Erklärungspflicht nicht nachgekommen ist.

Der Lauf der Fristen bestimmt sich nach Art. 84 des EinkStG. und § 188 Abs. II des BGB. Fällt das Ende der Frist auf einen Sonntag, so endet die Frist mit dem Ablauf des nächsten Werktages. Wird also die zweite Aufforderung z. B. am Mittwoch den 15. Februar 1905 erlassen, so endigt sie mit dem Ablauf des 1. März 1905.

2. Des weiteren macht sich der Steuerhinterziehung schuldig, wer der in Art. 28 Abs. 1 angeordneten Erklärungsabgabe über den Zugang zur Steuerpflicht oder über die eine Steueränderung bedingende Mehrung der Jahresrente unterläßt. Nach Art. 28 Abs. I hat aber der Steuerpflichtige oder dessen gesetzlicher Vertreter seinen Zugang oder eine die Aenderung der Steuer bedingende Mehrung an den Terminen anzugeben, welche die Staatsregierung hiefür festsetzt. Es gilt auch hier wieder der Grundsatz, daß Steuerbefreiungen nach Art. 4, 5, 6 und 10 des Gesetzes von einer Erklärungsabgabe nicht befreien.

Ein Zugang an der Kapitalrentensteuer innerhalb einer Steuerperiode ist veranlaßt,

a) wenn eine Person in den Bezug einer Kapitalrente im Sinne des Art. 1 von jährlich 70 Mk. und darüber tritt;

b) wenn beim Bezuge einer solchen Rente Wegfall der bisherigen Befreiungsgründe eintritt oder

c) wenn unter gleicher Voraussetzung ein Deutscher unter Aufgabe seines bisherigen Wohnsitzes seinen Wohnsitz nach Bayern verlegt, oder ein Ausländer seinen Wohnsitz in Bayern nimmt, oder sich über ein Jahr daselbst aufhält.

Eine die Erhöhung der Steuer bedingende Mehrung der Rente tritt ein, wenn sich die Jahresrente über 100 Mk. mehrt, bei schwankenden Rentenbezügen jedoch nur, wenn diese Mehrung eine Folge einer Kapitalsmehrung ist. Zu erwähnen ist hier jedoch, daß bei nicht fest verzinslichen Papieren, namentlich bei Aktien, ein ziffermäßiger Rentenanspruch erst mit dem Beschlusse, durch welchen die betreffende Rente (Dividende) festgesetzt wird, entsteht. Der im Handel dieser Papiere gebräuchliche meist 4 %ige Zins ist nicht eine Rente aus dem Kapitale, sondern ein Preisaufschlag und kann daher im Sinne dieser Gesetzesbestimmung nicht in Betracht kommen. Bei festverzinslichen Papieren beginnt jedoch in der Regel der Rentenbezug mit dem Erwerb der Obligation, wenn nicht etwa der laufende Coupon zurückgelassen wird. In der Praxis werden jedoch die nicht fest verzinslichen Papiere gleich den fest verzinslichen behandelt und hiebei der Durchschnitt der letzten beiden Dividenden zu der Besteuerung zugrunde gelegt. Einwandfrei ist dieses Verfahren jedenfalls nicht.

Die Termine zur Anmeldung der Rentenmehrungen sind in § 16 der MBk. vom 4. Januar 1900 dahin festgesetzt, daß die Meldung längstens 4 Wochen nach Ablauf des Monats erfolgen muß, in welchem sich der Zugang oder die Mehrung ergeben hat. Hiernach ist z. B. der Tatbestand des Art. 33 lit. b. gegeben, wenn ein in Bayern wohnhafter bayer. Staatsangehöriger im Monat Januar 1905 in den Genuß einer Jahresrente von 70 Mk. im Sinne des Art. 1 des KapRStG. tritt oder infolge Erwerbs von Aktien auf Grund eines Generalversammlungsbeschlusses eine Mehrung von über 100 Mk. jährlicher Rente erfährt und diesen Rentenzugang oder den durch die Mehrung bedingten nunmehrigen Rentenstand nicht spätestens bis zum 1. März 1905 beim Rentamte oder bei

der Gemeindebehörde seines Wohnsitzes anmeldet. Es ist hier jedoch zu bemerken, daß beim Eintritte einer steuerpflichtigen Mehrung der Rente nicht etwa bloß die Mehrung der Rente sondern der gesamte durch die Mehrung bedingte Rentenstand zu fatieren ist, was sich auch aus Art. 28 mit 14 ergibt.

Wird ein nichtbayerischer Reichsangehöriger gemäß Art. 11 durch Begründung eines Wohnsitzes oder länger als ein Jahr währenden Aufenthalt in Bayern lediglich umlagenpflichtig, so hat er seiner Anmeldepflicht zur vormerkungsweisen Steueranlage gleichfalls bei Vermeidung der Hinterziehungsstrafe zu genügen.

Die Hinterziehung kann aber auch

B. Durch unrichtige oder unvollständige Angaben

begangen werden und zwar:

1. Wenn der Steuerpflichtige, sein gesetzlicher Vertreter oder Bevollmächtigter bei Abgabe der nach Art. 14, 16 und 28 Abs. 1 vorgeschriebenen Steuererklärungen unrichtige oder unvollständige Angaben macht, welche zur Verkürzung der Steuer zu führen geeignet sind: zu niedrige Rentenziffern, zu hohe Abzüge, falsche Steuerbefreiungs- und Ermäßigungsgründe, unzutreffende Bezeichnung des Wohnsitzes oder der Staatsangehörigkeit.

Ob die Angaben geeignet sind, zu Steuerverkürzungen zu führen, ist nicht abstrakt, sondern mit Rücksicht auf den konkreten Fall zu würdigen.

Dies ergibt sich aus dem Worte „der Steuer“, d. h. der im einzelnen Falle in Frage stehenden Steuer. Wenn daher z. B. eine nach Art. 4[10] steuerfreie Person ihre Renten mit 200 Mk. statt 300 Mk. angibt, gleichwohl aber auch bei Bezug von 300 Mk. Renten noch steuerfrei bliebe, so liegt keine Verschuldung gegen Art. 33 lit. c. vor.

Dagegen ist es nicht erforderlich, daß die unrichtigen Angaben zur wirklichen Steuerverkürzung, d. i. zur Festsetzung einer zu geringen Steuer geführt haben; es wird sohin schon die Steuergefährdung unter Strafe gestellt. Hiemit befindet sich das bayer. Gesetz in Uebereinstimmung mit den meisten deutschen Steuergesetzen. Nur das badische Kapitalrentensteuergesetz erfordert wirkliche Steuerverkürzung.

Der Tatbestand des Art. 33 lit. c. ist hiernach erschöpft, wenn ein in Bayern wohnhafter, im Bezuge von 70 Mk. Kapitalrenten im Sinne des Art. 1 des Gesetzes stehender bayer. Staatsangehöriger oder ein nach Art. 10 des Gesetzes in Bayern steuerpflichtiger Bayer, Deutscher oder Ausländer seine Rente zu niedrig angibt oder Abzugsposten vorschützt, welche nicht bestehen.

Allein nicht nur bei Abgabe der nach Art. 14, 16 und 28 vorgeschriebenen Steuererklärung, sondern

2. auch bei der Beantwortung von Fragen, welche von zuständiger Seite gestellt sind, bei Begründung von Rechtsmitteln, bei Abgabe des nach Art. 29 verlangten Verzeichnisses wird durch unrichtige zur Verkürzung der Steuer geeignete Angaben gemäß Art. 33d eine Hinterziehung begangen. Der Tatbestand ist hier im wesentlichen derselbe und es wird nur weiter erfordert, daß die Fragestellung von zuständiger Seite ergeht und die Einforderung des speziellen Kapitalien- und Rentenverzeichnisses gesetzlich begründet ist. Die Hinterziehung kann aber im Falle des Art. 33 nicht nur von dem Steuerpflichtigen, dessen gesetzlichem Vertreter oder Bevollmächtigten, sondern auch von Dritten, an welche in gesetzlich begründeter Weise Anfragen gestellt sind, begangen werden.

Zuständig zur Fragestellung an den Pflichtigen und an Dritte sind die Rentämter nach Maßgabe der Art. 19 und 29 Abs. III und 35, der Steuerausschuß nach Art. 20/21 des KapRStG. und 42/43 des EinkStG., die Berufungskommission gemäß Art. 23 des KapRStG. und 152 Abs. III und V des EinkStG. Zur Abforderung eines speziellen Kapitalien- und Rentenverzeichnisses ist nur das Rentamt befugt. (Art. 19 Abs. IIb und Art. 29 Abs. II.) Erklärungspflichtig sind die Steuerpflichtigen, deren gesetzliche Vertreter, Verlassenschaftskommissäre, Testamentsvollstrecker, Notare. (Art. 19, 20/21 und 28.)

Der Tatbestand des Art. 33 lit. d ist beispielsweise gegeben, wenn das Rentamt die Angaben von Hinterbliebenen eines Steuerpflichtigen nicht für genügend und glaubwürdig erachtet und in Ermanglung anderer Behelfe an eine nicht nach Art. 43 Abs. II und III vom Zeugniszwang befreite Person Fragen über die Höhe der Nachlaßrenten stellt und Letztere hierauf unvollständige oder unrichtige Angaben macht.

Bei Verfehlungen gegen Art. 33 lit. d unterliegen jedoch Notare nicht der Hinterziehungs- sondern der disziplinären Strafe. (Art. 40 KapRStG.)

In allen Fällen wird zur Vollendung des Tatbestandes der Kapitalrentensteuerhinterziehung im Sinne des Art. 33 zunächst weder Wissentlichkeit noch Absicht auf Steuerhinterziehung oder Nachlässigkeit, also weder dolus noch culpa erfordert. Die Hinterziehung scheint also Formaldelikt zu sein. Dies ist aber in Wirklichkeit doch nicht der Fall, wie sich aus Art. 33 Abs. III und IV ergibt.

Ist nämlich als nachgewiesen zu erachten, daß eine Hinterziehung nicht beabsichtigt war, so tritt nur eine Ordnungsstrafe ein, und wenn die unterlassenen oder unrichtigen Angaben noch vor Einleitung des Strafverfahrens nachgeholt, berichtigt oder angezeigt werden, Straffreiheit.

Es handelt sich sohin nur um eine Erleichterung der Beweisfrage für das Rentamt. Das Rentamt hat nur die vorerwähnten Tatbestandsmerkmale nachzuweisen, um auf Steuerhinterziehung richtig zu erkennen.

Sache des Beschuldigten aber ist es, seinerseits den Nachweis zu erbringen, daß keine Absicht auf Steuerhinterziehung vorgelegen war.

Das Bayer. Gesetz geht hier in Uebereinstimmung mit dem preuß. Einkommensteuergesetze viel weiter als die vielen neuen Gesetze anderer deutscher Bundesstaaten z. B. Hessens, Badens, Württembergs und mit Recht. Denn wird von der Steuerbehörde der Nachweis der wissentlichen oder gar der absichtlichen Steuerhinterziehung verlangt, so wird es fast gar nie möglich werden, eine Steuerhinterziehungsstrafe zu verhängen. Es ist dem Pflichtigen weit leichter, gegebenen Falls der Steuerbehörde das Fehlen seiner Hinterziehungsabsicht zu erbringen, als umgekehrt der Steuerbehörde, den Nachweis des Vorhandenseins dieser Absicht zu führen.

Das Gesetz knüpft die Strafmilderung sowie die Strafbefreiung an die Voraussetzung, daß die unterlassenen, unvollständigen oder unrichtigen Angaben vor der Vornahme der amtlichen Handlungen zum Zwecke der Einleitung eines Strafverfahrens erfolgten.

Die Bestimmung des Zeitpunktes ermangelt der Präzision; es können leicht Zweifel entstehen, ob eine Handlung lediglich zum Zwecke der Steuerfestsetzung oder zum Zwecke der Einleitung des Strafverfahrens vorgenommen worden ist. Von einer Einleitung des Strafverfahrens wird man wohl erst dann sprechen können, wenn in klar erkennbarer Form aktenmäßig festgestellt ist, daß eine Maßregel zum Zwecke der Einleitung des Strafverfahrens vorgenommen wird. (Vgl. Art. 81 Vollzugs-Anweisung vom 31. August 1904 z. preuß. EinkStG.) In einem praktischen Falle hat das Oberste Landesgericht ausgesprochen, daß die einfache Einsendung eines speziellen Verzeichnisses nach Art. 19 II b sich noch nicht als eine Maßregel zum Zwecke der Einleitung eines Strafverfahrens erweise.

Die Strafe für die Hinterziehung besteht in dem 15 fachen Betrage der Jahressteuer.

Es besteht nicht mehr wie bisher ein Spielraum. Es ist vielmehr immer der 15 fache Betrag der Jahressteuer als Strafe auszusetzen, wenngleich infolge späteren Wegfalls der Steuerpflicht oder Berichtigung der Fassion die tatsächliche Hinterziehung nicht für ein ganzes Jahr stattgefunden hat. Hier drängt sich sogleich die Frage auf, wie oft die Strafe zu verfügen ist, wenn ein Pflichtiger sich mehrere Jahre hindurch der Steuerpflicht entzogen hat.

Hiebei können drei Gesichtspunkte in Frage kommen:

1. liegt ein fortdauerndes, oder
2. ein fortgesetztes,
3. liegen verschiedene getrennte Delikte vor.

Diese Fragen sind außerdem auch von Wichtigkeit

a) wegen Bestimmung des Laufes der Verjährungsfrist;
b) wegen Anwendung des Art. 43 Abs. II.

Das Kapitalrentensteuergesetz enthält keinerlei Bestimmungen hierüber. Demnach muß die Auslegung nach allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen erfolgen. Mit Rücksicht auf die zwei verschiedenen Tatbestandsgruppen A (Unterlassung der Steuererklärungen), B (unrichtige Erklärungen) ist auch diese Frage getrennt nach diesen Gruppen zu behandeln. Nach der Fassung des Art. 33 I a b könnte angenommen werden, daß, solange die in Art. 16 vorgeschriebene Verpflichtung nicht erfüllt und daher der durch die unterlassene Erklärung geschaffene Tatbestand der Hinterziehung erhalten wird, ein fortdauerndes Delikt vorliegt. Doch ist bei näherer Untersuchung die Annahme nicht haltbar. Die Verpflichtung zur Fassionsabgabe ist innerhalb einer bestimmten Frist zu erfüllen und mit Ablauf dieser Frist und Nichterfüllung der Fassionspflicht ist der Tatbestand abgeschlossen.

Anders aber liegt die Frage, ob dieses Delikt sich über die betreffende Neuanlage hinaus mit einer späteren wiederholten Unterlassung zu einem fortgesetzten Delikt verbindet. Ein fortgesetztes Delikt kann nur angenommen werden, wenn die mehreren zeitlich getrennten Unterlassungen der Steuererklärung als auf einem Willensentschlusse beruhend angenommen werden.

Da aber bei jeder Neuanlage und bei jedem Eintritte einer steuerpflichtigen Mehrung eine neue Verpflichtung an den Rentenberechtigten herantritt und auch bei jeder Neuanlage sowie im Rektifikationsverfahren alljährlich eine neue öffentliche Aufforderung zur Erfüllung dieser Pflichten ergeht, so muß jeder dieser Verpflichtungen oder doch wenigstens jeder dieser Aufforderungen gegenüber ein besonderer auf Unterlassung der Pflichterfüllung gerichteter Willensentschluß und hiemit ein besonderer Straffall angenommen werden.

Eine Verbindung mehrerer Unterlassungen anläßlich verschiedener Neuanlagen oder mit den Unterlassungen im Rektifikationsverfahren (Art. 38) ist daher nicht anzunehmen. (Vgl. Golz, Kom. z. k. würt. EinkStG. (Art. 70) und Vollz.-Bek. z. hess. EinkStG. § 65 Abs. II.) Ganz ähnlich gestalten sich die Verhältnisse zu Art. 33 Abs. I lit. b, da auch in diesem Falle die Fassion innerhalb einer ganz bestimmten Frist abzugeben ist; so ist gleichfalls hier ebensowenig wie im Falle der Neuanlage ein fortdauerndes Delikt anzunehmen.

Gegenüber jeder nach Art. 28 und § 15 der Vollzugs-Vorschriften vom 4. Januar 1900 gegebenen Erklärungspflicht sowie gegenüber der alljährlichen öffentlichen Aufforderung nach § 1 ist ein stets erneuter Willensentschluß auf Unterlassung der Erklärung und hiemit ein neues selbständiges Delikt anzunehmen.

Dagegen können die etwa in ein und demselben Jahre begangenen Unterlassungen der Anmeldung

mehrerer steuerpflichtigen Rentenmehrungen oder die Unterlassung der Zugangsanmeldung und die Anmeldung einer Rentenmehrung als ein fortgesetztes Delikt betrachtet werden, weil hier der jährlichen einmaligen Aufforderung gegenüber ein für das ganze Jahr gefaßter einheitlicher Willensentschluß denkbar ist.

Viel klarer liegen in dieser Hinsicht die Verhältnisse zur Gruppe B. Die Annahme eines fortdauernden Deliktes ist hier von Anfang an zweifellos ausgeschlossen. Mit der Abgabe der unrichtigen oder unvollständigen Erklärung ist der Tatbestand abgeschlossen.

Jedoch entsteht hier die Frage, inwieweit mehrere zeitlich auseinanderfallende derartige Angaben als ein fortgesetztes oder als mehrere selbständige Delikte aufzufassen sind. Ausschlaggebend ist die Einheit des Willensentschlusses. Mit Rücksicht hierauf bilden zweifellos mehrere bei ein und derselben Erklärungsabgabe, bei Begründung desselben Rechtsmittels, ferner bei demselben Ermittlungsverfahren gemachte unrichtige oder unvollständige Angaben als auf einem Willensentschlusse beruhend ein fortgesetztes Delikt. Dagegen sind unrichtige Aussagen, welche bei Erklärungen in verschiedenen Rechtsmittelverfahren, bei verschiedenen nicht im Zusammenhang stehenden Ermittlungen gemacht wurden, als verschiedene Delikte zu behandeln.

Soweit nach vorstehenden Ausführungen verschiedene Straffälle in Frage kommen, sind auch getrennte Strafen auszusprechen. Ebenso findet getrennte Verjährung statt. Die Verjährungsfrist ist bezüglich der Strafverfolgung auf drei Jahre festgesetzt, aber der Beginn der Verjährungsfrist ist im Gesetze nicht enthalten. Es muß hier also ebenfalls nach allgemeinen Strafrechtsgrundsätzen entschieden werden. Demnach beginnt der Lauf der Verjährung mit Vollendung des Deliktes, sohin

1. bei Unterlassung von Erklärungsabgaben im Neuanlage- oder Rektifikationsverfahren mit Ablauf der zur Erklärungsabgabe bestimmten Fristen; (vgl. Art. 27 des Bad. KapRStG.)
2. bei unrichtigen Erklärungsabgaben mit der Vollendung der Erklärung und soweit hier ein fortgesetztes Delikt in Frage kommt, mit vollendeter Abgabe der letzten unrichtigen Erklärung.

Der Lauf der Verjährungsfrist wird nach allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen durch jede auf Strafverfolgung gerichtete richterliche Handlung unterbrochen. Zu erwähnen ist hiezu, daß die im Verwaltungs-Strafverfahren erlassenen Strafbescheide einer richterlichen Entscheidung gleichstehen und daher der Verjährung unterliegen, während allen anderen Maßnahmen im Verwaltungsstrafverfahren diese Wirkung nicht zukommt.

Weiter ist noch zu erwähnen:

1. Art. 43 Abs. II bestimmt, daß auf Hinterziehungen, welche unter der Herrschaft der früheren Gesetze verübt worden sind, jedoch erst nach Verkündung dieses Gesetzes zur Aburteilung gelangen, das mildere Gesetz angewendet wird.

Da nach den vorstehenden Ausführungen eine Steuerhinterziehung sich weder als fortdauerndes noch als fortgesetztes Delikt über eine Steuerperiode hinaus erstrecken kann, mit dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 9. Juni 1899 aber eine Steuerperiode 1900/01 und Steuerveranlagung eintrat, so ist es ausgeschlossen, daß die unter der Herrschaft des neuen Gesetzes fortgesetzte Hinterziehung zusammen mit einer unter der Herrschaft des Gesetzes vom Jahre 1881 begangenen Hinterziehung nach dem älteren Gesetze, soweit es das mildere wäre, beurteilt werden kann. Dies wäre nur bei Annahme eines fortdauernden oder fortgesetzten Deliktes über eine Steuerperiode hinaus möglich.

Ueberdies hat diese Bestimmung mit Rücksicht auf den oben nachgewiesenen Beginn der Verjährungsfristen überhaupt mit dem Ablauf des Jahres 1902 ihre praktische Bedeutung verloren.

2. Die erstinstanzielle richterliche Zuständigkeit bestimmt sich nach der Höhe der für die Hinterziehungen angedrohten Strafe und kann sich hienach für das Amts- oder Landgericht ergeben. Revisionsgericht ist das Oberste Landesgericht. (GVG. § 27 Ziff. 1/2, § 75 Ziff. 15, § 123 Ziff. 2, EG. § 9, AG. z. GVG. Art. 42 Abs. 3, Art. 167 Ziff. XII AG. z. BGB.)

3. Die Steuerpflichtfrage, welche im Verfahren vielfach präjudiziell ist, kann vom Strafrichter selbständig gewürdigt werden. (§ 261 StPO., Beil. IV GVBl. 1883.)

---

## Mitteilungen aus der Praxis.

**Zur Auslegung des Art. 206 EG. z. BGB.** Die vorstehend angedeutete Frage behandelt das Urteil des Oberlandesgerichts München, II. Z.-S., vom 27. Mai 1905, und zwar in Uebereinstimmung mit dem in der gleichen Sache ergangenen erstinstanziellen Urteil des Landgerichts München I, 7. Z.-K., vom 16. Februar 1905; obwohl die Sache voraussichtlich auch die Revisionsinstanz beschäftigen wird, dürfte die Mitteilung des wesentlichen Inhalts des Urteils der II. Instanz Interesse erregen, zumal in den im „Recht“, 9. Jahrg. (1905) S. 149 ff. unter dem Titel „Das Erziehungsrecht an Kindern aus einer vor 1900 geschiedenen Ehe“ veröffentlichten Ausführungen des Herrn Professors Dr. Zitelmann der entgegengesetzte Standpunkt vertreten worden ist.

Aus dem Tatbestand ist hervorzuheben: Die erste Ehe des im Mai 1904 verstorbenen L. war im Juli 1896 dem Bande nach getrennt worden, das Scheidungsurteil enthielt keinen Schuldausspruch. L. hatte im Oktober 1896 sich wieder verheiratet, seine erste Frau verehelichte sich im Juni 1898 wieder und zwar mit Herrn S. In seinem Testamente vom März 1903 verfügte L., seine ersteheliche Tochter M. solle der Obhut und Erziehung seiner zweiten Gattin unter-

stellt sein. Im September 1904 stellte Frau S. gegen die Witwe des L. Klage auf Herausgabe ihrer Tochter M. unter Berufung auf §§ 1631 Abs. 1, 1632, 1697 Satz 3 BGB. Die erste Instanz gab ohne Beweiserhebung der Klage statt, die dagegen eingelegte Berufung wurde zurückgewiesen. Aus der sehr eingehenden Begründung des zweitrichterlichen Urteils sei folgendes hier wiedergegeben:

1. Die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges ist unbegründet, da es sich um die behauptete Verletzung eines Privatrechtes und um den Streit über den Bestand eines solchen handelt.

2. Entgegen der beklagtischen Behauptung, daß gemäß Art. 206 EG. das bayerische Landrecht und subsidiär das gemeine Recht maßgebend sei, ist anzunehmen, der Gesetzgeber habe den Art. 206 EG. nur für den Fall gelten lassen wollen, daß beide Eltern noch am Leben sind, also nur im Verhältnis der beiden Ehegatten zu einander, so daß, wenn ein Ehegatte durch Tod wegfällt, auch die durch Art. 206 gegen Art. 203 geschaffene Ausnahme wegfällt und nach letzterer Vorschrift das BGB. uneingeschränkt zur Anwendung zu bringen ist.

Denn im Hinblick auf die Begründung der Vorschrift des Art. 206 (im Entwurf Art. 124) EG. in den Mot. z. EG. S. 295 (nämlich den Hinweis auf den Mangel eines Schuldausspruchs in vielen nach altem Rechte ergangenen Scheidungsurteilen) ergibt sich schon aus dem zweiten Satze des Art. 206, daß die in dessen erstem Satze enthaltene Vorschrift eine Ersatzvorschrift für § 1635 Abs. 1 Satz 1 BGB. bildet. Alle Vorschriften des Art. 206 aber stehen in innerem Zusammenhang und stellen sich als einheitliche Norm dar; für den Ersatzteil muß das Gleiche gelten wie für die übrigen Teile, also muß auch für den ersten Satz des Art. 206 dieselbe Voraussetzung gelten wie für die im zweiten Satze des Art. 206 in Bezug genommenen übrigen Teile der §§ 1635 und 1636 BGB., daß nämlich diese Vorschriften nur gelten, „solange die geschiedenen Ehegatten leben". Der beklagtischen Einwendung, ein dringendes Bedürfnis für eine Ersatzbestimmung des § 1635 Abs. 1 Satz 1 habe nicht bestanden, da auch mangels Entscheidung der Schuldfrage im Tenor des Ehescheidungsurteils aus dessen Gründen sich die Schuld feststellen lasse, ist (abgesehen von dem Hinweis auf die erwähnte Stelle der Mot. z. EG.) entgegenzuhalten, daß für die erforderliche Feststellung solcher Schuld außerhalb des Ehescheidungsverfahrens überhaupt kein Raum ist und daß die Entscheidungsgründe nicht in Rechtskraft erwachsen.

Aber auch die Absicht des Gesetzgebers und der Zweck des Gesetzes spricht für die obige Auslegung des Art. 206 EG., da der zweite in den Mot. z. EG. S. 294 für die Vorschrift angeführte Grund, es sei ein Wechsel in der Person des zur Erziehung berechtigten Elternteils im Interesse des Kindes und der Eltern zu vermeiden, gar nicht mehr Platz greift, wenn nur mehr ein Elternteil lebt; vgl. Mot. z. § 1635 BGB. (§ 1456 E. I) in Bd. IV S. 627 und Denkschr. z. Entw. e. BGB. S. 225.

Unterstützend kommt auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes in Betracht, welche für die hier vertretene Auffassung spricht. Es läßt sich nämlich Art. 124 des Entw. I des EG. nach seinem Wortlaut gar nicht anders auffassen und auslegen, als getroffen im Verhältnis beider Elternteile zu einander, d. h. in dem Sinne, daß beide Elternteile noch leben. Die Aenderung dieses Wortlauts im Gesetz ist lediglich als unwesentliche, redaktionelle zu erachten; hätte sie eine wesentliche, eingreifende Bedeutung haben sollen, so wäre dies sicherlich zum Ausdruck gebracht worden. Insbesondere der Gebrauch des Wortes „Eltern" im Art. 206, gegenüber dem Ausdruck „solange die geschiedenen Ehegatten leben" im § 1635 BGB., kann keinesfalls für die gegenteilige Auslegung des Art. 206 verwertet werden, zumal der Ausdruck „Eltern" lediglich im Gegensatze zum nachfolgenden Worte „Kinder" gebraucht ist, und zwar gemäß der Ausdrucksweise des Art. 203.

Dazu kommt, daß Art. 206 unbestritten eine Ausnahmebestimmung vom Grundsatz des Art. 203 EG. darstellt und als solche eng und strenge zu interpretieren ist. Vgl. Prot. Bd. VI S. 636 mit 599 und S. 547.

Auch die Erwähnung der Todeserklärung als Eheauflösungsgrund im Art. 206 spricht nicht für dessen gegenteilige Auffassung, da dieser nur den Fall vorsieht, daß nach der Todeserklärung des einen Ehegatten beide Gatten noch leben. (Vgl. Mot. IV S. 645 und § 1637 BGB., sowie die Kommentare hierzu.)

Das Erstgericht hat auch mit Recht dem beklagtischen Vorbringen gegenüber darauf hingewiesen, daß aus Art. 202 gegen die engere Auslegung des Art. 206 EG. nichts gefolgert werden kann, da erstere Vorschrift das Recht der Fürsorge für die gemeinschaftlichen Kinder überhaupt nicht behandelt, andererseits das BGB. die im Art. 202 behandelte Trennung von Tisch und Bett überhaupt nicht kennt und sich deshalb das Erfordernis besonderer Vorschriften für dieses Institut des alten Rechtes von selbst ergab. Diese von der Regel abweichenden Vorschriften waren nur notwendig, solange beide Ehegatten lebten. Nicht minder gerechtfertigt ist es, wenn das Erstgericht gegenüber dem versuchten Heranziehen des Art. 201 EG. auf die offensichtlich grundlegende Norm des BGB. (vgl. Mot. IV, 627 und Denkschr. S. 225) hingewiesen hat, daß nach dem Ableben eines Ehegatten das Recht des überlebenden Gatten, für die Person der Kinder zu sorgen, durch die Tatsache einer vorausgegangenen Scheidung nicht berührt wird, auch wenn die Ehe infolge alleinigen Verschuldens des überlebenden Ehegatten getrennt wurde, und wenn das Erstgericht einen dem Gesetzgeber im Widerspruch mit dieser Norm und dem Grundsatz des Art. 203 EG. unterstellten Willen als systemlos bezeichnet.

Die hiernach vom erkennenden Gerichte als richtig erachtete Auffassung des Art. 206 wird auch geteilt von Kommentaren und Obersten Gerichtshöfen: vgl. JW. 1901 S. 869, Entsch. des RG. in ZS. Bd. 49 S. 155, Niedner, Komm. z. EG. z. BGB. 2. Aufl. Anm. 2 zu Art. 206, Planck Bd. VI Anm. 1 zu Art. 206, Staudinger Bd. VI Anm. 2 zu Art. 206, endlich Beschluß des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 10. Februar 1905. (Dieser ist abgedruckt in der Zeitschrift f. Rechtspfl. in Bayern 1. Jahrg. 1905 Nr. 6 S. 155, nunmehr auch in der Sammlung der Entscheidungen des Bayer. Obersten LG. n. F. Bd. VI S. 84 ff.)

Letztere Entscheidung hat sich gerade mit dem vorwürfigen Falle selbst, wenn auch in anderem Zusammenhange, nämlich anläßlich einer Beschwerde

gegen die Bestellung der beklagten Witwe L. als Vormund ihrer Stieftochter M., beschäftigt.

3. Durch das Testament des Vaters des Kindes M. L. konnte, wie nicht die elterliche Gewalt der Mutter, so auch nicht das der wiederverehelichten Mutter nach § 1697 BGB. zustehende Recht der Sorge für die Person des Kindes ausgeschlossen werden.

4. Der von beklagter Seite noch ins Feld geführte vor der Scheidung des L. von seiner ersten Frau mit dieser geschlossene Vermögensauseinandersetzungsvertrag enthält eine Regelung über das Erziehungsrecht hinsichtlich der Kinder lediglich für die Lebensdauer beider damaligen Gatten und nur im Verhältnis zu einander. Würde aber sogar tatsächlich ein Verzicht der Klägerin (der ersten Gattin des L.) auf die Erziehung ihres Kindes für die Zeit nach dem Vorableben ihres geschiedenen Ehegatten schlechthin, also gegenüber Dritten, gewollt gewesen sein, so würde ein solcher Verzicht nach altem wie nach neuem Rechte als unwirksam zu erachten sein.

Rechtsanwalt Dr. Herzfelder in München.

---

**Zu §§ 303, 305, 43 StGB.** Im Jahre 1882 legte X. mit Genehmigung des Y. durch dessen Garten in der Tiefe von 1 m eine aus Ziegelsteinen hergestellte Leitung zur Trockenhaltung seines Kellers. Die Ehefrau des Y, in allgemeiner Gütergemeinschaft lebend, zerstörte im Jahre 1904 diese, sowie die im Jahre 1902 unmittelbar darüber angelegte Leitung aus Drainageröhren, indem sie die Erde aufgrub und die lose aneinander gefügten Steine und Röhren sorgfältig herausnahm. X. stellte Strafantrag gegen die Ehefrau des Y. wegen Sachbeschädigung gemäß § 303 StGB. In dem Zerlegen der Leitungen in ihre einzelnen Teile ist zweifellos eine Zerstörung im Sinne der §§ 303 ff. zu erblicken, selbst wenn eine Beschädigung der durch ein Bindemittel nicht zusammengehaltenen Steine und Röhren vermieden wurde. Andrerseits ist eine derartig hergestellte, lediglich aus neben- und aufeinander gelegten Steinen bestehende Leitung nicht als ein Bauwerk im Sinne des § 305 zu betrachten, da dieser Begriff einen größeren Aufwand von menschlicher Kunst und Arbeit voraussetzen würde (vgl. E. 15, 263). Nach Bayerischem Landrecht findet die Ersitzung von servitutes continuae inter praesentes (Einheitlichkeit des Oberlandesgerichtsbezirks) in 10 Jahren statt (Teil II Kap. VII § 5). Beim Inkrafttreten des BGB. hatte also unter normalen Verhältnissen X. die servitus aquaeductus ersessen. Der Grundsatz res cedit solo galt nach BayLR. unbeschränkt (Teil II Kap. III §§ 9, 17). Die Leitung aus Ziegelsteinen war ohne Zweifel ins Eigentum des Y. gelangt. War sie infolge Gütergemeinschaft auch in das Eigentum der Ehefrau des Y. übergegangen, so konnte sich diese wohl einer Sachbeschädigung ihrem Ehemanne gegenüber schuldig machen, nicht aber gegenüber einem Dritten, dem aus der Grunddienstbarkeit Berechtigten. Im Falle des Alleineigentums des Y. kann der Strafantrag sowohl von ihm, als auch von dem in seinem dinglichen Rechte unmittelbar verletzten X. gestellt werden (vgl. E. 1, 306; 4, 326; 8, 399; dagegen Liszt, Meikel, Meyer und Olshausen). Anders liegt die Sache hinsichtlich der Drainageröhren. Hier ist einschlägig § 95 BGB. Die auf Grund der durch Ersitzung erworbenen Grunddienstbarkeit gelegten Röhren gingen nicht in das Eigentum der Eheleute Y. über. Doch dürfte in diesem Fall und in ähnlichen Fällen, in denen eine fremde Anlage vom Grundeigentümer selbst entfernt wird, meist das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fehlen, da dieser ein derartiges Vorgehen als vollkommen berechtigte Selbsthilfe betrachtet. Schließlich ist noch zu erwägen, ob die Ehefrau des Y. sich nicht eines strafbaren Versuchs nach § 303 schuldig machte, indem sie die nach ihrer Ansicht fremde, tatsächlich aber eigene Leitung (aus Ziegelsteinen) zerstörte. Ein solcher Versuch am untauglichen Objekt wäre nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts (so E. 1, 451) strafbar, falls nicht wiederum der Mangel des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit zu berücksichtigen ist. — — r.

---

**Durchsuchung der einer strafbaren Handlung verdächtigen Person. (§ 102 StPO.)** Der Täter einer strafbaren Handlung war von einem Zeugen am Tatorte zur Zeit der Begehung der Straftat gesehen worden. Nach einiger Zeit war eine der Tat verdächtige Mannsperson festgenommen und verhaftet worden. Bei Gegenüberstellung mit dem Verhafteten erklärte der Zeuge, er vermute in dem Verhafteten die Person, welche er am Tatorte gesehen habe, diese Person habe aber damals keinen Vollbart getragen und er könne sich über die Identität des Verhafteten mit dem Täter nur äußern, wenn dem Verhafteten der Vollbart abgenommen werde. Darf der Richter die Abnahme des Vollbartes anordnen? Daß die Anordnung, es sei die Durchsuchung der Person des Verdächtigen durch Abnahme seines Vollbartes usw. zu vollziehen, von großer praktischer Bedeutung sein kann, unterliegt keinem Zweifel, da eine solche Anordnung unter Umständen, wie im vorwürfigen Falle, allein die Möglichkeit gewähren kann, einen Verbrecher zu überführen. Eine andere Frage ist es jedoch, ob eine solche Maßregel gesetzlich zulässig ist. In Betracht kommen nur zwei Bestimmungen der StPO., nämlich: 1. § 86 StPO., welcher die Einnahme eines richterlichen Augenscheins als ein Mittel zur Beweiserbringung und damit auch eine Pflicht zur Duldung des Augenscheins anerkennt, so daß dessen Einnahme erzwungen werden kann, und 2. § 102 StPO., welcher die Durchsuchung der Person des Verdächtigen für zulässig erklärt, wenn zu vermuten ist, daß die Durchsuchung zur Auffindung von Beweismitteln führen werde. In der Praxis hat sich auf Grund dieser Gesetzesbestimmungen der Grundsatz Geltung verschafft, daß die Untersuchung des Körpers einer Person durch den Richter unter denselben Voraussetzungen statthaft ist, unter welchen eine Durchsuchung zulässig ist, und daß in der zwangsweisen Vornahme der körperlichen Besichtigung eine Durchsuchung der Person enthalten ist. (RGE. i. StS. Bd. XIV S. 189 ff., Rspr. Bd. VIII S. 454; Löwe, Komm. z. RStPO. § 86 Note 3a; John, StPO. Bd. I S. 815.) Die Durchsuchung einer Person umfaßt demnach auch die Besichtigung und Untersuchung des Körpers dieser Person. Wenn die Durchsuchung auch als „ein Mittel“ zu bezeichnen ist, „welches dazu dient, Augenscheinsobjekte zum Zwecke der Augenscheinseinnahme wider den Willen des davon Betroffenen zu beschaffen“ (John, StPO. Bd. I S. 725), und wenn auch anzuerkennen ist, daß individuelle Gefühle den Interessen der Rechtspflege weichen müssen, so ist doch daran festzuhalten, daß die Durchsuchung begrifflich eben immer auf Nach-

suchung und Besichtigung beschränkt ist. Allerdings wird die Durchsuchung vor einem Eingriff in die Integrität von Gegenständen nicht Halt zu machen haben. Durchbrechen von Mauern, Aufgraben des Bodens, Erbrechen von Behältnissen usw. sind sicherlich statthaft. Denn diese Maßnahmen sind zur Ermöglichung des Auffindens von Beweismitteln unter Umständen gar nicht zu umgehen und durch den Begriff „Durchsuchung" gedeckt. Soweit aber die Durchsuchung einer Person zulässig ist, kann mehr als Durchsuchung, d. h. Absuchen und Besichtigung des Körpers in seiner dermaligen Gestalt nicht gestattet sein. Denn, wenn die Person ihren Körper zur Durchsuchung dargeboten hat und die Handlung der Durchsuchung an sich hat vornehmen lassen, dann ist ihre Verpflichtung zur Duldung der Durchsuchung und des richterlichen Augenscheins erschöpft. Eingriffe in die Integrität des menschlichen Körpers sind anderer Natur. Sie sind gleichbedeutend mit einer Veränderung des menschlichen Körpers selbst. Dies geht weiter als die allein zulässige Durchsuchung und die Verbindlichkeit zur Gestattung des richterlichen Augenscheines reicht. Denn hier soll der menschliche Körper erst zu einem brauchbaren Objekte für den richterlichen Augenschein umgestaltet werden. Derartiges ist der Reichsstrafprozeßordnung fremd. Auch gestattet diese keine Eingriffe in die Integrität des menschlichen Körpers und es ist klar, daß bei der einschneidenden Bedeutung solcher Maßnahmen das Gesetz deren Zulässigkeit ausdrücklich aussprechen müßte. Demnach ist es nicht erlaubt, einem Beschuldigten, um seine Wiedererkennung zu ermöglichen, den Bart abzunehmen, ihm das Haupthaar zu rasieren, die Augenbrauen abzuschneiden u. dgl. Ein Widerstand hiegegen wäre nicht strafbar. Wohl aber ist es gestattet, dem Beschuldigten das Rasieren des Bartes, das Schneiden des Haupthaares usw. nicht zu erlauben, ihm ein herausgenommenes Gebiß oder Glasauge wieder einzusetzen, die Haare zu färben, ihm andere Kleider anzuziehen usw., wohl auch seinen Körper mit Röntgenstrahlen zu durchleuchten. Denn diese Maßnahmen berühren die Integrität des Körpers nicht und sind geeignet, Beweismittel zu erlangen.

Dr. Müller, II. Staatsanwalt in München.

# Aus der Praxis der Gerichte.

## Reichsgericht.

### A. Zivilsachen.

I.

**Revision und Einspruch gegen ein in einem Ehescheidungsprozesse ergangenes Urteil des Berufungsgerichts.** Die Ehescheidungsklage der X war, ebenso wie die Widerklage ihres Ehemanns abgewiesen worden. Die Klägerin legte Berufung ein. In der mündlichen Verhandlung erschien der Beklagte nicht. Das Berufungsgericht gab der Klage statt, erklärte den Beklagten als den alleinschuldigen Teil und wies die Widerklage ab. Gegen das Urteil legte der Beklagte Einspruch beim Berufungsgerichte und zugleich Revision zum Reichsgerichte ein, letzteres „um eine Entscheidung des Reichsgerichts herbeizuführen, welches der beiden Rechtsmittel das richtige sei". Das Reichsgericht entschied, daß nur Revision gegen das Urteil möglich ist.

Aus den Gründen: Das Urteil des Berufungsgerichts bezeichnet sich weder im vollen Umfange noch auch zum Teil als Versäumnisurteil. Ein solches Versäumnisurteil würde auch, soweit gegen den Beklagten auf die Klage entschieden ist, nach § 618 Abs. 5 ZPO. unzulässig gewesen sein. Aber auch soweit auf die Widerklage des Beklagten und Widerklägers in der Berufungsinstanz entschieden ist, liegt ein dem Einspruch zugängliches Versäumnisurteil nicht vor. Die Klage und Widerklage zielten auf Scheidung der Ehe der Parteien ab, deshalb konnte über beide Klagen nur einheitlich entschieden werden. Es konnte sonach auf die Widerklage nicht ein sich als Versäumnisurteil darstellendes Urteil, das dem Einspruche unterlag, ergehen, während im übrigen eine nur mit der Revision anfechtbare Entscheidung auf die Klage erlassen wurde. Denn in diesem Falle würde die Einlegung des Einspruchs zu dem Erlasse eines nach der Entscheidung des Reichsgerichts (Bd. 58 S. 307) unzulässigen Teilurteils über die Widerklage geführt haben. Daraus ergibt sich, daß der Beklagte durch sein Ausbleiben in der Berufungsinstanz sich in die Lage versetzt hat, daß er das Berufungsurteil sowohl zur Klage als auch zur Widerklage nur im Wege der Revision anfechten kann. (Urt. d. IV. ZS. v. 13. Juli 1905). —ch.

II.

**Zu §§ 833, 834 mit 254 BGB. Beweis des konkurrierenden Verschuldens des Verletzten, wenn zwischen dem Verletzten und dem Tierhalter ein Dienstverhältnis bestand.** Tatbestand: Kläger stand als Kutscher bei dem Beklagten im Dienst und verunglückte, als er damit beschäftigt war, die Pferde seines Dienstherrn anzuspannen. Er verlangt von seinem Dienstherrn Schadensersatz und eine Rente auf Lebenszeit. Beklagter wendet ein, daß Kläger durch sachwidriges Verhalten den Unfall selbst verschuldet habe. Das Oberlandesgericht hat auf folgenden, dem Kläger zugeschobenen Eid erkannt: „Ich schwöre: als ich nach vorn ging, um das Sattelpferd auf seinen Platz zurückzubringen, haben beide Pferde nicht so nahe nebeneinander gestanden, daß ich, um nach vorn zu gelangen, mich zwischen beiden Pferde hindurchzwängen mußte". Leistet Kläger den Eid, so soll der Klaganspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, im entgegengesetzten Fall die Klage abgewiesen werden.

Aus den Gründen: Die Annahme des Oberlandesgerichts, daß die Körperverletzung im Sinne des § 833 BGB. durch das Tier verursacht sei, ist rechtlich bedenkenfrei. Auch darüber, daß der Beklagte es war, der zur Zeit des Unfalls im Sinne der angeführten Gesetzesstelle das Pferd „gehalten" hat, bestehen keine Zweifel. Die Existenz eines Vertragsverhältnisses zwischen dem Tierhalter und dem Verletzten steht der Anwendung des § 833 nicht entgegen. Eine Regelung des Verhältnisses zwischen dem Tierhalter und dem von ihm durch Vertrag bestellten Tierhüter ist in § 834 nicht enthalten; diese Gesetzesvorschrift betrifft nur das Verhältnis zwischen einem solchen Tierhüter und dem von dem Tiere verletzten Dritten. Das Bestehen eines Vertragsverhältnisses zwischen dem Tierhalter und dem Verletzten erleichtert dem Tierhalter die Beweisführung über das konkurrierende Verschulden des Verletzten. Richtig ist zwar, daß der Beweis für das Vorhandensein der Voraussetzungen des Einwands wie sonst, so auch hier vom Beklagten zu erbringen ist. Dieser Beweispflicht genügt der Beklagte aber schon dann, wenn er sich darauf berufen kann, daß unter den obwaltenden Verhältnissen für einen Kutscher von Beruf keine Gefahr bei der fraglichen Dienstverrichtung bestand oder daß doch die etwaige Gefahr bei gehöriger Aufmerksamkeit und Sorgfalt hätte erkannt und abgewendet werden können. Dagegen durfte vom Beklagten nicht noch der weitere Beweis gefordert werden, wie sich bei dem Vorfall die anzuspannenden Pferde verhalten haben, wie weit sie voneinander entfernt standen, als Kläger zwischen

sie trat, u. dgl. Sache des Klägers ist es vielmehr darzulegen, daß er trotz gehöriger Erfüllung seiner Dienstpflichten, weil die der Erfahrung entsprechenden Voraussetzungen gefehlt haben, in Gefahr geraten und ihr erlegen sei. Gelingt dem Beklagten jener Beweis, ohne daß er durch den auf das Eintreten außergewöhnlicher Umstände hinweisenden Gegenbeweis des Klägers entkräftet wird, steht also fest, daß Kläger sich unnötig einer Gefahr aussetzte oder durch pflichtwidriges Verhalten eine an sich gefahrlose Verrichtung zu einer gefährlichen machte, so wird dadurch der Beklagte von seiner Haftung aus § 833 befreit. Gelingt dem Beklagten jener Beweis nicht, steht also fest, daß auch ein erfahrener Kutscher bei voller Wahrung der nötigen Vorsicht von den anzuspannenden Pferden verletzt werden konnte, so ist es mit Rücksicht auf das Dienstverhältnis immerhin Sache des Klägers, seinem Dienstherrn gegenüber sich darüber auszuweisen, in welcher Weise er bei Ausführung der Verrichtung der bestehenden Gefahr Rechnung getragen habe. Kommt der Kläger mit dem Beweise, daß er mit der nötigen Vorsicht vorgegangen sei, nicht zustande, so geht er dadurch allein noch nicht seines Anspruchs auf Entschädigung aus § 833 verlustig, sondern es ist erst noch zu prüfen, ob das Verhalten des Klägers die alleinige Ursache des Unfalls war, oder ob er nur im Sinne des § 254 bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat. Da der Berufungsrichter das Sachverhältnis unter den angegebenen Gesichtspunkten noch nicht geprüft hatte, so mußte unter Aufhebung des Berufungsurteils die Sache zu anderweiter Verhandlung und Entscheidung in die Instanz zurückverwiesen werden. (Urt. IV 115/05 v. 6. Juli 1905.) Kr.

III.

**Zu §§ 1333 u. 1337 Abs. 2 des BGB. u. § 14 Ziff. 1 des EG. z. ZPO.** Ein Hang zur fortgesetzten Begehung von Betrügereien, der sich als Charakterfehler oder geistiger Defekt kennzeichnet, ist als eine persönliche Eigenschaft des einen Ehegatten aufzufassen, deren Unkenntnis den andern Ehegatten gemäß § 1333 BGB. zur Anfechtung der Ehe berechtigt. Gegen die Verwertung eines Strafurteiles als Beweismittel zur Feststellung dieser Tatsache bestehen keine prozessualen Bedenken, insbesondere ist der Richter hieran nicht durch die Bestimmung des § 14 EG. z. ZPO. gehindert. Ein vor Kenntnis des Charakterfehlers im verzeihenden Tone geschriebener Brief kann ebensowenig wie die Zurücknahme einer früher aus einem andern Grunde erhobenen Anfechtungsklage als Ehebestätigung aufgefaßt werden. (Urt. d. 4. ZS. v. 3. Juli 1905, IV 96/05). Kr.

---

## B. Strafsachen.

**Bestrafung der Einfuhr von Süßstoff aus dem Auslande nach § 7 des Süßstoffgesetzes vom 7. Juli 1902?** [1])

Aus den Gründen: Die Bestrafung des Angeklagten aus § 7 Abs. I des Süßstoffgesetzes vom 7. Juli 1902 ist nicht zu beanstanden. Diese Gesetzesstelle lautet: „Wer der Vorschrift des § 2 vorsätzlich zuwiderhandelt, wird, soweit nicht die Bestimmungen des Vereinszollgesetzes Platz greifen, mit Gefängnis bis zu 6 Monaten und mit Geldstrafe bis zu 1500 Mk. oder mit einer dieser Strafen bestraft.“ Durch § 2 ist verboten a) die Herstellung von Süßstoff oder der Zusatz von solchem zu Nahrungs- oder Genußmitteln bei deren gewerblicher Herstellung; b) die Einfuhr von Süßstoff oder süßstoffhaltigen Nahrungs- oder Genußmitteln aus dem Auslande und c) das Feilhalten oder Verkaufen von Süßstoff oder süßstoffhaltigen Nahrungs- oder Genußmitteln. Der Satz in § 7 Abs. I: „soweit nicht die Bestimmungen des Vereinszollgesetzes Platz greifen“, könnte allerdings dem Wortlaute nach auch dahin aufgefaßt werden, daß nur Zuwiderhandlungen gegen die Verbote des § 2 aus § 7 Abs. I bestraft werden sollen, welche nicht ohnehin durch das Vereinszollgesetz mit Strafe bedroht wären, so daß also Zuwiderhandlungen gegen das Einfuhrverbot (§ 2 b) niemals unter die Strafbestimmungen des Süßstoffgesetzes, sondern nur unter die des Vereinszollgesetzes fallen würden. Allein diese Auslegung würde dem Sinne und Zwecke des Gesetzes nicht entsprechen; denn es kann nicht angenommen werden, daß das Gesetz bei der Ahndung von Zuwiderhandlungen gegen die verschiedenen Verbote des § 2 bezüglich der Zuwiderhandlungen gegen das Einfuhrverbot eine Ausnahme gemacht und eine solche Zuwiderhandlung an sich nicht mit der gleichen Strafe wie die übrigen bedroht, sondern die hierfür zunächst in Betracht kommende mildere Strafandrohung des § 134 des Vereinszollgesetzes (Konfiskation und primär nur Geldstrafe) für entsprechend und genügend erachtet haben sollte. § 134 des Vereinszollgesetzes bedroht das Unternehmen einer verbotswidrigen Einfuhr mit Konfiskation und, „insofern nicht in besonderen Gesetzen eine höhere Strafe festgesetzt ist“, mit Geldstrafe. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß das Süßstoffgesetz, gleich anderen ähnlichen Gesetzen, ein „besonderes Gesetz“ im Sinne des § 134 des Vereinszollgesetzes sein soll und jener Zwischensatz des § 7 Abs. I nur hierauf und auf die Anwendung des Vereinszollgesetzes überhaupt hinzuweisen bestimmt ist, mit ihm also zum Ausdruck gebracht werden soll, daß Zuwiderhandlungen gegen das Einfuhrverbot des § 2 mit der Strafe des § 7 Abs. I belegt werden sollen, soweit nicht aus den Bestimmungen des Vereinszollgesetzes für deren Bestrafung ein anderes und weiteres sich ergibt. Hieraus folgt für den vorliegenden Fall, daß, da durch § 7 Abs. I wegen der dort vorgesehenen primären Freiheitsstrafe eine höhere Strafe angedroht wird, als durch § 134 des Vereinszollgesetzes, gegen den Angeklagten eine Strafe aus § 7 Abs. I des Süßstoffgesetzes zu verhängen gewesen ist und daneben die Strafe der Konfiskation aus § 134 des Vereinszollgesetzes. (Urt. des I. StS. v. 26. Juni 1905.) B.

---

# Oberstes Landesgericht.

## A. Zivilsachen.

I.

**Vereinigung mehrerer Grundstücke zu einem Grundstücke (wodurch jedes der Grundstücke zum Bestandteil des neu entstehenden einheitlichen Grundstücks wird) oder Zuschreibung eines Grundstückes als Bestandteil eines anderen? § 890 Abs. 1 und 2 BGB., § 314 ff. 333 ff. Dienstanweisung f. d. GBA. i. d. L. r. d. Rhs., Art. 5, 6 AG. z. GBO.** Schuldner hatten in notarieller Urkunde eine Hypothek an ihrem Anwesen Hs.-Nr. 81½ in R. und ihren übrigen Grundstücken bestellt und beantragt, „den verpfändeten Besitz als ein Grundstück in das Grundbuch einzutragen beziehungsweise, da die zu vereinigenden Grundstücke auf verschiedenen Blättern eingetragen sind, dementsprechend die mit dem Hauptblatte zu vereinigenden Grundstücke lastenfrei auf dieses zu übertragen.“ Das auf dem „Hauptblatt“ im Grundbuche des Amtsgerichts St. für die Steuergemeinde R. eingetragene Anwesen besteht aus 26 Grundstücken mit den erforderlichen Gebäulichkeiten, von den mit ihm zu vereinigenden Grundstücken liegen zwei in der Steuergemeinde A. in dem Bezirke desselben Amtsgerichts, eines liegt in der Steuergemeinde Sch. in dem Bezirke des Amtsgerichts R. Das Amtsgericht St., Grundbuchamt, dem die Urkunde zur Be-

[1]) Vgl. hierzu die Abhandlung in Nr. 7 S. 170 ff. dieser Zeitschrift sowie die Entscheidung des Obersten Landesgerichts in Nr. 15, 16 S. 352.

wirkung der beantragten Eintragungen vorgelegt wurde, „übertrug" die zwei in der Steuergemeinde A. belegenen Grundstücke „nach Abschließung des Nebenblattes im Grundbuche für A. auf das Blatt für die Anwesensbestandteile in der Steuergemeinde R." und „trug sie mit denselben als ein Grundstück ein". Die Uebertragung des in der Steuergemeinde Sch. liegenden Grundstücks auf dasselbe Grundbuchblatt bezeichnete es unter Bezugnahme auf Art. 5 AG. z. GBO. als „derzeit unvollziehbar". Daraufhin stellten die Schuldner an das Oberste Landesgericht, ohne die Urkunde vorzulegen, den Antrag, das Amtsgericht St. „zur Beischreibung des Grundstücks der Steuergemeinde Sch. auf dem Blatte für das Haus-Nr. 81½ in R. zu ermächtigen". Das Oberste Landesgericht hat den Antrag zurückgewiesen, weil es sich nicht um Vereinigung mehrerer Grundstücke zu einem Grundstück im Sinne des § 890 Abs. 1 BGB. handle, sondern das in der Steuergemeinde Sch. liegende Grundstück nach dem Abs. 2 des § 890 einem in dem Bezirke eines anderen Grundbuchamts liegenden Grundstück als Bestandteil zugeschrieben werden solle. In diesem Falle sei nach Art. 6 AG. z. GBO. für die Entscheidung über den Antrag das Grundbuchamt zuständig, in dessen Bezirke das Grundstück liegt, dem das andere zugeschrieben werden soll, es bedürfe daher der Bestimmung des zuständigen Grundbuchamts nicht. Nunmehr stellten die Schuldner an das Oberste Landesgericht unter Vorlegung der Urkunde und Bezugnahme auf deren Inhalt den Antrag: „das Grundbuchamt des Amtsgerichts St. zur Vereinigung des Grundstücks der Steuergemeinde Sch. mit ihrem übrigen Grundbesitze zu einem Grundstück für zuständig zu erklären." Diesem Antrage konnte eine Folge nicht gegeben werden aus nachstehenden Gründen: Die in der vorgelegten Urkunde beantragte Vereinigung des in der Steuergemeinde Sch. liegenden Grundstücks mit dem auf dem „Hauptblatt" eingetragenen Anwesen ist, wie sich aus der Bezeichnung des Blattes für das Anwesen als „Hauptblatt" und dem Antrage, das mit dem Anwesen zu vereinigende Grundstück auf das Hauptblatt zu übertragen, ergibt, eine Vereinigung nach § 890 Abs. 2 BGB. Die Antragsteller haben es nicht dem Ermessen des erst zu bestimmenden zuständigen Grundbuchamts überlassen, in Gemäßheit des § 315 Ziff. 2 DA. das Blatt zu bestimmen, auf dem die zu vereinigenden Grundstücke eingetragen werden sollen, sondern sie haben bei dem Grundbuchamte des Amtsgerichts St. als dem für das Anwesen zuständigen Grundbuchamte beantragt, das Grundstück der Steuergemeinde Sch. mit dem jetzt aus 28 Grundstücken gebildeten Anwesen durch Uebertragung auf dessen Blatt zu vereinigen, d. h. es in Gemäßheit des § 334 Abs. III der DA. dem Anwesen als weiteren Bestandteil zuzuschreiben. Für die Entscheidung über diesen Antrag ist nach Art. 6 AG. z. GBO. das Grundbuchamt des Amtsgerichts St. zuständig, es bedarf deshalb, wie schon in dem früheren Beschlusse des Obersten Landesgerichtes ausgesprochen worden ist, nicht der Bestimmung des zuständigen Grundbuchamts. (Beschl. d. Ferien Z.-S. Reg. IV 65/1905 vom 9. Sept. 1905.)

Mitgeteilt von E. Yblagger, Rat am Obersten Landesgerichte.

II.

**Uebereignung von Grundstücken im Zwangsenteignungsverfahren.** Das Oberste Landesgericht hat in dem Falle, der unter der obigen Ueberschrift in Nr. 17 dieser Zeitschrift S. 365 mitgeteilt worden ist, die Notwendigkeit notarieller Verbriefung verneint.

Gründe: Art. 55 (in der neuen Fassung Art. 26) des AG. z. ZPO. u. KO. ist, wie seine Entstehungsgeschichte ergibt, in das Gesetz aufgenommen worden, um den Verzögerungen und sonstigen Unzukömmlichkeiten vorzubeugen, die durch die Notwendigkeit der Errichtung von Notariatsurkunden entstehen können. Der Gesetzgeber hatte keinen triftigen Grund, auf die Vorteile, die er sich von dieser Vorschrift versprach, zu verzichten und an dem Erfordernisse der notariellen Beurkundung festzuhalten, wenn die Beteiligten die Abtretung im Wege des Grundstücktausches vollziehen wollen, mag auch bei den Gesetzgebungsverhandlungen nur von einer in Geld zu leistenden Entschädigung gesprochen worden sein. Der Wortlaut des Gesetzes bietet einer einschränkenden Auslegung keine Stütze; er spricht allgemein von einer Einigung über die zu leistende Entschädigung, und eine solche kann auch den Inhalt haben, daß die abzutretenden Grundstücke gegen andere Grundstücke vertauscht werden. (Beschl. I. Z.-S. Reg. III 58/1905 v. 22. September 1905.)[1]

— — — rt.

## Oberlandesgericht München.

I.

**Keine Aenderung des ausländischen (österreichischen) Güterrechts, wenn die Ehegatten später ihren Wohnsitz von Oesterreich nach Bayern verlegt haben. Einstweilige Verfügung zur Sicherung des Vermögens der Ehefrau vor Eingriffen des Ehemanns nach österreichischem Recht.** Die Eheleute haben sich in Oesterreich ohne Ehevertrag geheiratet und ihren ersten ehelichen Wohnsitz in Oesterreich genommen; der Ehemann war bayer. Staatsangehöriger, die Ehefrau Oesterreicherin. Im Jahre 1887 verlegten die Eheleute ihren Wohnsitz nach Bayern. Zum Vermögen der Ehefrau gehörte der Anspruch auf eine größere Rente gegen H; die Renten blieben von 1896—1904 rückständig, wurden von der Ehefrau eingeklagt und sodann im ganzen rückständigen Betrag an den Ehemann ausbezahlt. Die Frau erwirkte einstweilige Verfügung gegen ihren Ehemann auf Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung des Ehemanns am eingebrachten Gute seiner Ehefrau und auf Untersagung der Verfügung über den erwähnten Rentenbetrag. Das Landgericht bestätigte die einstw. Verfügung, das OLG. wies die Berufung mit dem Abmaße zurück, daß dem Beklagten die Verwaltung des Vermögens seiner Ehefrau und die Verfügung über den erwähnten Rentenbetrag untersagt wurde.

Aus den Gründen: Da die Streitsteile in Linz in Oesterreich geheiratet und dort den ersten ehelichen Wohnsitz genommen haben, der Beklagte aber ein bayerischer Staatsangehöriger war, so ist die Frage, ob die Personalstatuten des Beklagten oder das Recht des ersten Ehewohnsitzes maßgebend ist, nach dem Rechte des Ortes der Eheschließung und der ersten ehelichen Niederlassung, also nach dem österreichischen Bürgerlichen Gesetzbuche zu entscheiden. Nach diesem Rechte ist die Frage streitig. Im Gegensatze zu Krainz, Syst. d. österr. allgem. Privatrechts Bd. I S. 63 und Dr. Cahn, „Die Kollisionsnormen" Jahrb. f. Dogmatik Bd. 30 S. 7 ff. nimmt Unger in seinem System des österr. Privatrechtes (3. Aufl. § 23 S. 158 ff. u. 194) im Anschlusse an Savigny an, daß das eheliche Güterrecht sich nach dem ersten Wohnsitze der Ehegatten richtet, gleichviel ob sie Einheimische oder Fremde sind. Das Gericht schließt sich der Ansicht Ungers an.

Hieran hat sich durch die Einführung des deutschen BGB. nichts geändert. Die Streitsteile sind zwar vor dem Jahre 1900 nach Bayern überge-

[1] Anmerkung des Einsenders. Der mit dieser Entscheidung aufgehobene hypothekenamtliche Beschluß hatte der „Einigung über die zu leistende Entschädigung", die durch Art. 55 a. a. O. dem notariellen Verbriefungszwang entzogen ist, die Leistung der Entschädigung, dem obligatorischen Vertrag den dinglichen gegenübergestellt und für den letzteren, weil durch die Ausnahmebestimmung des Art. 55 nicht betroffen, die notarielle Form verlangt. Ueber die Berechtigung dieser Unterscheidung ist in dem oberstrichterlichen Beschlusse nichts gesagt; sie muß also wohl für den vorliegenden Fall als stillschweigend verneint gelten.

siedelt und haben am 1. Januar 1900 ihren Wohnsitz in Bayern gehabt, unterliegen also an sich den Vorschriften des BGB. Nach Art. 200 d. EG. z. BGB. bleiben aber für den Güterstand der zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehenden Ehen die bisherigen Gesetze maßgebend. Dies gilt selbstverständlich auch für die auf einem ausländischen Rechte beruhenden Güterstände. Auch die bayerischen Uebergangsvorschriften (Ges. v. 9. Juni 1899 Ges.- u. VBl. 1899 S. 99 ff.) haben die auf außerdeutschen Gesetzen beruhenden Güterstände nicht in ihren Bereich gezogen (cfr. Planck BGB. Bd. IV, Art. 200 Z. III 7b S. 363 u. 364; Oertmann, das bayer. LZR. S. 563 ff. und Habicht, die Einwirkung 2c., Jahrg. 1901 S. 558 u. 559). Die Art. 90, 20 des bayer. UebergG., Art. 218 d. EG. z. BGB. stehen dieser Anschauung nicht entgegen; Art. 90 a. a. O. hat nur jenes österreichische eheliche Güterrecht im Auge, das in Bayern als Statutarrecht galt. Nach dem österr. BGB. (§§ 1237 bis 1239) behält jeder Eheteil dasjenige Vermögen, welches er bei Eingehung der Ehe besessen hat oder während der Ehe auf irgend eine Art erwirbt. Es besteht nur eine gesetzliche Vermutung dafür, daß die Ehefrau ihrem Manne die Verwaltung ihres Vermögens anvertraut hat. Das ehemännliche Verwaltungsrecht endet, sobald die Frau widerspricht. Der Mann haftet bei Beendigung seiner Verwaltung nur für das Stammgut der Frau; für die von ihm gezogenen und verbrauchten Nutzungen ist er nicht schuldig, Rechnung zu stellen. (cfr. Krainz, System des österr. Privatr. Bd. II S. 439 ff., Stubenrauch, das österr. BGB. Bd. II S. 514 ff.). Die Klägerin kann hiernach nach den für sie maßgebenden Bestimmungen des BGB. die ehemännliche Verwaltung ihres Vermögens durch die Erklärung ihres Widerspruchs beendigen und bedarf hierzu nicht, wie bei dem gesetzl. Güterstande des deutschen BGB., der gerichtlichen Hilfe, weder einer Klage noch einer gerichtlichen Entscheidung. Soweit die angegriffene einstweilige Verfügung die Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung des Beklagten ausspricht, war sie deshalb aufzuheben. Im übrigen mußte die einstweilige Verfügung aufrecht erhalten, und der veränderten Rechtslage angepaßt werden. Das Verlangen der Klägerin, das eingebrachte Gut gegen Eingriffe ihres Mannes, die trotz der Aufhebung seiner Rechte erfolgen würden, sicherzustellen, erscheint dem Gerichte mit der durch die Rechtslage gebotenen Aenderung veranlaßt, daß das Vermögen der Klägerin überhaupt vor Eingriffen des Beklagten sicher zu stellen ist. (Urt. v. 6. September 1905 BR. 580/05.) W.

II.

**Zu Art. 164 EG. z. BGB., 184 d. ZwVG.** Zu den Verbänden nach Art. 164 d. EG. z. BGB., bezüglich welcher die landesgesetzlichen Vorschriften in Kraft geblieben sind, gehören auch die sogenannten Alpengenossenschaften. Den einzelnen Mitgliedern solcher Verbände ist das Recht, einseitige Teilung zu verlangen, entzogen (Bluntschli DPrivR., § 3 S. 85; Oertmann, BayLR. S. 94; Habicht, Einw. 2. Aufl. S. 391; Ortenau 3. Aufl. S. 476; Entsch. d. BGH. I 3 S. 190). In den Fällen, in denen die Aufhebung der Gemeinschaft nach dem bisherigen Recht vom einzelnen Teilhaber nicht begehrt werden kann, greifen auch die §§ 749 Abs. 2, 751 Satz 2 u. 1010 BGB. nicht Platz, da diese Bestimmungen sich nur auf die vertragsmäßige Ausschließung des Rechtes auf Aufhebung der Gemeinschaft beziehen, nicht aber auf die in der objektiven Rechtsnorm selbst wurzelnde Ausschließung der Teilung (Habicht S. 106 Nr. 2). (Beschl. d. Oberlandesgerichts München v. 6. Juli 1905. BeschwReg. 360/1905 III.) F.

III.

**§ 91 ZPO. Kosten eines außergerichtlichen Gutachtens.** Es handelt sich hier nicht um ein vorprozessuales, zur Prozeßeinleitung allenfalls notwendiges Gutachten, sondern um ein Sachverständigengutachten, das erst im Laufe des Rechtsstreites von der Klagspartei erholt wurde. Die Partei hat im Laufe des Prozesses den ordentlichen Beweisweg einzuschlagen, und das Gericht hat nach § 144 ZPO. ohnedies erforderlichenfalls Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen. Die Auslagen für ein in diesem Stadium des Prozesses erholtes Privatgutachten erscheinen daher zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung keineswegs notwendig und sind nicht erstattungsfähig. (Beschl. v. 7. Juni 1905. BeschwR. 307/05.) W.

IV.

**§ 769 ZPO. Höhe der Sicherheitsleistung bei Aufhebung der erfolgten Vollstreckungsmaßregeln.** Aus dem Zwecke der Bestimmung, wonach die Aufhebung von Vollstreckungsmaßregeln nur gegen Sicherheit erfolgen darf, ergibt sich, daß dem Gläubiger voller Ersatz dafür gewährt werden muß, daß ihm die durch die Vollstreckungsmaßregeln erworbenen Rechte entzogen werden. Da hienach nur der Vorteil in Betracht kommt, der dem Gläubiger aus den bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln überhaupt erwachsen kann, kann für die Festsetzung der Sicherheit offenbar nicht schlechthin die Höhe der gläubigerischen Forderung maßgebend sein, sondern es hat darauf anzukommen, ob und wie viel durch die in Frage stehenden Vollstreckungsmaßregeln der Gläubiger hinsichtlich seiner Forderung werde Befriedigung erlangen können. Demgemäß hat sich, solange in einem gegebenen Falle nicht anzunehmen ist, daß der Gläubiger durch die Vollstreckungsmaßregeln nicht vollständig werde befriedigt werden, die Höhe der Sicherheit allerdings nach der Höhe der Vollstreckungsforderung zu bemessen. Die Anführungen der Beschwerde, daß der Gläubiger die fragliche Forderung von 4000 Mk. um 200 Mk. erworben habe und daß Gläubiger die Forderung nur gekauft habe, um zu chikanieren, sind demnach hier belanglos; der Kläger müßte zur Begründung seines Verlangens nach Aufhebung der Vollstreckungsmaßregeln gegen eine geringere als die vom Erstrichter auf 4000 M. festgesetzte Sicherheit solche Umstände anzuführen und zu belegen in der Lage sein, aus denen sich ergibt, daß die Durchführung der begonnenen Zwangsvollstreckung zu einer vollständigen Befriedigung der Beklagten wegen ihrer Forderung zu 4000 Mk. nicht führen und wie weit dieses voraussichtlich nicht der Fall sein werde; eine Behauptung in dieser Richtung ist nicht aufgestellt und nicht glaubhaft gemacht. (Beschl. vom 7. Juni 1905. BeschwR. 318/05.). W.

---

## Oberlandesgericht Bamberg.

**Vertragsschluß mit einem nicht bevollmächtigten Stellvertreter. Kann der Schuldner einer abgetretenen Forderung den Mangel eines Abtretungsgrundes rügen? Gibt es nach BGB. sog. remuneratorische Schenkungen? Begriff von Schenkung und Vermächtnis. (§§ 164, 177, 677, 398, 516, 1939 BGB.).** Die K. schuldete der Witwe X. ein Darlehen von 3000 Mk. Die verstorbene X., welche in ihrer letzten Krankheit von der Schwester F., einem Mitgliede des Jungfrauenvereins in O., gepflegt wurde, ließ kurz vor ihrem Tode durch ihre Magd auf den Schuldschein über das Darlehen schreiben: „Ich bestätige, daß nach meinem Tode diese 3000 Mk. zu bekommen haben die O.er Schwestern für die Pflege", unterzeichnete die Erklärung und übergab den Schuldschein der anwesenden Schwester F.; diese übergab ihn der Vorsteherin des Jungfrauenvereins. Letztere

erhob Klage auf Zahlung. Das LG. wies die Klage ab, das OLG. gab ihr statt und das ObLG. erklärte die Revision für unbegründet.

Aus dem Urteile des Berufungsgerichts: „Die Klagspartei bezeichnet das Geschäft als Abtretungsvertrag nach § 398 BGB., die Beklagte als einseitiges Rechtsgeschäft, als Verfügung von Todeswegen oder Schenkungsversprechen, welche wegen Mangels der Form nichtig seien. Es liegt aber ein zweiseitiges Rechtsgeschäft vor. Nach Aussage der F. u. Sch. hat die X. ihren Willen, die Forderung abzutreten, erklärt. Dieses Angebot wurde von der F. als Vertreterin der Klagspartei angenommen; wenn auch nicht ausdrücklich, so doch durch schlüssige Handlungen. (Folgt tatsächliche Ausführung). Die X. konnte nach dem Verhalten der F. über die Annahme ihrer Zuwendung nicht im Zweifel sein, ebensowenig darüber, daß F. gemäß §§ 164, 677 BGB. namens der Klagspartei handelte. Da die F. den Vertrag ohne Vertretungsmacht schloß, so hing nach § 177 Abs. 1 a. a. O. die Wirksamkeit für und gegen die Vertreterin von deren Genehmigung ab. Diese ist dadurch erfolgt, daß die Vorsteherin den Schuldschein annahm und Klage erhob. Es ist strittig, ob der Gläubigerwechsel mit dem Abschlusse des Vertrags oder nach dem Tode der X. eintreten sollte. Der Erstrichter schloß sich der letzteren Auffassung an. Durch die zweitinstanzielle Beweisaufnahme ist die Absicht der X. nachgewiesen, daß die 3000 Mk. mit dem Vertragsabschlusse übergehen sollten. Es liegt also ein sofort vollzogenes Rechtsgeschäft unter Lebenden und zwar eine Forderungsabtretung nach § 398 BGB. vor. Eine solche ist formfrei, so daß durch den mündlichen Abschluß der Uebergang der Forderung bewirkt wird. Der Vertrag ist aber auch abstrakt, d. h. wirksam ohne Rücksicht darauf, ob eine gültige causa besteht. Der Mangel oder Wegfall des Grundes beeinträchtigt seinen Bestand nicht, sondern begründet für den bisherigen Gläubiger bloß einen Anspruch auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung nach §§ 812 ff. BGB. Daraus folgt, daß der Schuldner nur bezüglich des abstrakten Vertrags Einwendungen erheben kann, nicht bezüglich des Abtretungsgrundes. Die Beklagte legt Gewicht darauf, daß es an einer Verbindlichkeit der X. zur Abtretung gefehlt habe, also nur ein Rechtsgeschäft aus Liberalität, Schenkungsversprechen oder Vermächtnis vorliege, welche wegen Formmangels nichtig seien. Der Erstrichter nimmt an, daß der Rechtsgrund der Abtretung wegen des Beisatzes „für die Pflege“ eine sog. remuneratorische Schenkung, zur Belohnung für Dienste sei, welche mangels abweichender Bestimmungen dem gewöhnlichen Rechte (§§ 516 ff. BGB.) unterliege. Er übersieht, daß der Begriff der remuneratorischen Schenkung dem BGB. fremd ist, daß vielmehr zu untersuchen ist, ob der Begriff „Schenkung“ zutrifft oder ob die Zuwendung unter den Gesichtspunkt einer Entlohnung fällt. Liegt eine solche vor, dann ist weder für eine Schenkung noch für ein Vermächtnis Raum; denn nach § 516 Abs. 1 BGB. ist eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen andern bereichert, eine Schenkung, wenn beide Teile darüber einig, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt, und nach § 1939 a. a. O. ist Vermächtnis die Zuwendung eines Vermögensvorteils, woraus sich ergibt, daß in der Zuwendung eine Liberalität liegen muß. Die X. hat das Rechtsgeschäft selbst als entgeltlich erklärt, indem sie als Abtretungsgrund beifügte „für die Pflege“. (Es wird dann ausgeführt, daß von einer aus freigebiger Absicht betätigten Zuwendung eines Vermögensvorteils, einer Bereicherung, hier nicht gesprochen werden könne). „Es scheidet somit der Begriff „Schenkung“ wie „Vermächtnis“ aus“. (Urt. v. 24. März 1905, I. ZS.).

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Schäfer in Bamberg.

## Oberlandesgericht Nürnberg.

**Rechtliche Stellung des Nachlaßverwalters in einem Rechtsstreit über den Nachlaß.** Auf Antrag der Erben war über einen Nachlaß Nachlaßverwaltung angeordnet worden. Eine Firma, die durch arglistige Täuschung zu einem Kaufe bestimmt worden sein will, hat Klage auf Aufhebung des Vertrags gegen den Nachlaßverwalter bei dem Gerichte seines Wohnsitzes erhoben. Es wurde Unzuständigkeit des Gerichts eingewendet, da die Erben ihren Wohnsitz in einem anderen Bezirke hätten und der Nachlaßverwalter nicht selbst Partei sondern Vertreter der Erben sei. Das Landgericht wies die Klage ab. Die Klägerin legte Berufung ein, der stattgegeben wurde.

Aus den Gründen: Die Aufgabe des Nachlaßverwalters besteht in der Liquidation des Nachlasses zur Befriedigung der Nachlaßgläubiger (§ 1975 BGB.). Zur Durchführung ist ihm eine mit der Stellung des Konkursverwalters übereinstimmende Stellung eingeräumt. Binder (Rechtsstellung der Erben, 1903, Bd. II S. 200) billigt, daß Hellwig die Nachlaßverwaltung ein konkursähnliches Verfahren mit abgeschwächter Wirkung nennt (Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 253 Nr. 9). Planck-Ritgen (II. Aufl. Bd. V Vorbem. III, 4b zu § 1975 BGB.) erkennt ausdrücklich die Verwandtschaft zwischen der Nachlaßverwaltung und dem Konkurse an, dessen Regeln teils im Gesetze auf die Nachlaßverwaltung übertragen seien, teils zur Entscheidung von Einzelfragen herangezogen werden müssen. Kein Schriftsteller leugnet die Verwandtschaft und bei den Beratungen der Komm. für die II. Lesung d. BGB. wurde die Analogie zwischen Konkurs- und Nachlaßverwalter betont. (Prot. Bd. V S. 810/11.) Der Gemeinschuldner verliert nach § 6 KO. mit der Eröffnung des Konkurses die Befugnis, sein Vermögen zu verwalten und über es zu verfügen. Die Befugnis geht auf den Konkursverwalter über. Mit der Anordnung der Nachlaßverwaltung verliert auch der Erbe die Befugnis, den Nachlaß zu verwalten und über ihn zu verfügen; die Befugnis geht auf den Nachlaßverwalter über, der den Nachlaß in Besitz zu nehmen hat (§§ 1984—1986 BGB.). Diese gleichartigen Bestimmungen schon lassen erkennen, daß dem Nachlaßverwalter die gleiche Stellung wie dem Konkursverwalter eingeräumt ist. Das Reichsgericht hat seit 1882 ständig daran festgehalten, daß der Konkursverwalter ein selbständiges Recht ausübt, kraft eigener Befugnis auftritt und nicht als Vertreter des Gemeinschuldners oder der Konkursgläubiger handelt, noch weniger als Vertreter der Konkursmasse, die kein Vermögenssubjekt ist. (Vgl. Entsch. d. RG. i. ZS. Bd. 29 S. 36, Bd. 35 S. 31, Bd. 47 S. 373, Bd. 52 S. 333, Bd. 53 S. 8; Entsch. d. RG. i. StS. Bd. 26 S. 107/a; Sarwey-Bossert, KO. 1901 Bem. 5 zu § 6 KO. Rintelen, Konkursrecht 1902 § 8 Ziff. 1.) Jaeger, der den Konkursverwalter als gesetzlichen Vertreter des Gemeinschuldners betrachtet, kommt mit seiner Theorie selbst in Widerspruch, wenn er es, trotzdem er dem Gemeinschuldner eine Parteirolle zuschiebt, für zulässig hält, ihn in Prozessen des Konkursverwalters als Zeugen zu vernehmen. (Jaeger, KO. 1904 Anm 27, 28 zu § 6.) Die Zeugen müssen Dritte sein. Die Partei selbst ist vom Zeugnis ausgeschlossen (vgl. Gaupp-Stein, ZPO., IV. Aufl. Vorbem. Id zu § 373). Auch für die Stellung des Testamentsvollstreckers hat das Reichsgericht in den Entsch. vom 13. Dez. 1904 (Entsch. in ZS. Bd. 59 S. 365/66) die gleichen Grundsätze ausgesprochen (vgl. auch Entsch. d. RG. Bd. 56 S. 330, JW. 1905 S. 489 Nr. 9). Das nämliche muß für die Stellung des Nachlaßverwalters gelten, der aus dem Gesetze und der Bestellung durch das Gericht seine Befugnisse entnimmt, unter Aufsicht des Gerichtes tätig ist und nicht bloß das Interesse der Erben, sondern auch das der Gläubiger im Auge

zu haben und bei einer Ueberschuldung des Nachlasses den Konkurs zu beantragen, somit auch das öffentliche Interesse zu wahren hat (§§ 1975, 1915, 1962, 1837, 1980, 1992 BGB., Prot. d. Komm. f. d. II. Les. d. BGB. Bd. V S. 810/11).

In dem Abschnitte „Testamentsvollstrecker" des BGB. wird in § 2213 für einen Anspruch gegen den Nachlaß die Klage sowohl gegen den Erben als gegen den Testamentsvollstrecker, dann aber, wenn dem letzteren die Verwaltung des Nachlasses nicht zusteht, nur gegen den Erben für zulässig erklärt. Diese Unterscheidung der Person des Erben von der des Testamentsvollstreckers bei Klagen schließt eine Vertretung des Erben durch den Testamentsvollstrecker aus und führt zu der Folgerung, daß das Gesetz, wenn es in § 1984 Abs. 1 Satz 3 vorschreibt, daß ein Anspruch gegen den Nachlaß nur gegen den Nachlaßverwalter geltend gemacht werden kann, ebensowenig an eine Vertretung des Erben durch den Nachlaßverwalter gedacht hat. Wenn dies der Fall wäre, so hätte Satz 3 dahin gefaßt werden müssen, daß bei Ansprüchen gegen den Nachlaß der Erbe durch den Nachlaßverwalter vertreten wird. Bei den Beratungen der Komm. für die II. Lesung des BGB., Prot. Bd. V S. 809 ff., wurde dem Erben für die Dauer der Nachlaßverwaltung die Prozeßlegitimation abgesprochen; es wurde darauf hingewiesen, daß durch den Eintritt der Nachlaßverwaltung ein Rechtsstreit zwischen den Erben und einem Gläubiger oder Schuldner ebenso unterbrochen werde, wie wenn der Erbe prozeßunfähig geworden wäre, wodurch ausgedrückt sei, daß der Erbe durch die Nachlaßverwaltung bezüglich der auf den Nachlaß sich beziehenden Prozesse die Prozeßlegitimation verliere (vgl. auch Cosack, BGB. 1900 Bd. 2 S. 708, 710, 711). Zudem verträgt es sich mit der Stellung eines Vertreters nicht, wenn der Vertreter gezwungen sein kann, in seinem Wirkungskreise gegen den Vertretenen zu klagen. Der Erbe ist mit Eintritt der Nachlaßverwaltung verpflichtet, den Gläubigern Auskunft zu erteilen usw. und den Offenbarungseid zu leisten, der Nachlaßverwalter hat bei Weigerung Klage zu stellen. Die Anhänger der Vertretungstheorie wollen damit helfen, daß sie den Nachlaßverwalter, soweit er Interessen des Erben wahrnimmt, zum Vertreter dieses, soweit er die Interessen der Gläubiger gegen den Erben wahrnimmt, zum Vertreter der Gläubigerschaft machen. Allein diese Konstruktion ist nicht haltbar, weil die Gesamtheit der Gläubiger als solche kein Rechtssubjekt ist und eine Vertretung der einzelnen Gläubiger mit den zahlreichen Fällen, in denen auch gegen sie ein Anspruch im Prozesse zu verfolgen ist, unvereinbar wäre. (Sarwey-Bossert, KO. Bem. 5 zu § 6 KO.) Eine befriedigende Lösung bietet nur die Auffassung, daß der Nachlaßverwalter kraft des ihm durch das Gesetz übertragenen Verwaltungs- und Verfügungsrechts nicht als Stellvertreter des Gemeinschuldners, sondern im eigenen Namen handelt, während die Ergebnisse dieser Handlungen für die Nachlaßmasse und nicht unmittelbar für den Erben entstehen, der den Nachlaß nur so erhält, wie er nach Beendigung der Verwaltung sich darstellt. Keine gesetzliche Bestimmung spricht gegen diese Auffassung. Die Schriftsteller, die ihn als Vertreter des Erben bezeichnen, stützen sich darauf, daß das Gesetz in § 1975 die Nachlaßverwaltung als Nachlaßpflegschaft zur Befriedigung der Nachlaßgläubiger bezeichnet und daß in § 780 Abs. 2 der ZPO, § 217 KO. von dem Nachlaßverwalter oder einem andern Nachlaßpfleger gesprochen wird. Allein daraus ergibt sich nur, daß auf die Nachlaßverwaltung die für die Pflegschaft geltenden Vorschriften soweit anzuwenden sind, als nicht Ausnahmen vorgesehen sind (§ 1915 BGB.) und als nicht der auf die Befriedigung der Nachlaßgläubiger gerichtete Zweck die Anwendbarkeit der für die Vormundschaft geltenden Vorschriften einschränkt. Diese Einschränkung ergibt sich aber aus den Bestimmungen der §§ 1984—1986 BGB., die dem Nachlaßverwalter die gleiche rechtliche Stellung wie dem Konkursverwalter zuteilen. Bei den Beratungen der Komm. für die II. Lesung des BGB., Prot. Bd. VI S. 338, wurde hervorgehoben, die Bezeichnung Nachlaßpfleger werde sowohl für den Pfleger gewählt, welcher nach §§ 1837, 1838 (jetzt 1960, 1961) behufs Sicherung des Nachlasses als für den, der nach § 1830 (jetzt 1975) zur Befriedigung der Gläubiger bestellt wurde. Die gleichartige Bezeichnung zweier durchaus verschiedener Stellungen erschwere das Verständnis und könne zu Verwechslungen führen. Dieser Erwägung entsprang es, daß bei der Schlußredaktion des Entw. II der Titel Nachlaßverwaltung gewählt wurde. (Staudinger-Herzfelder 1902 Bd. V Bem. IV zu § 1975.) Das Wort „Nachlaßpflegschaft" sagt hier also nichts, als daß der Verwalter den Nachlaß nach den für das Mündelvermögen gegebenen Vorschriften zu verwalten hat, daß er unter Aufsicht des Gerichts steht (§ 1837), von diesem verpflichtet wird (§ 1789) usw. Diese Vorschriften rechtfertigen es aber nicht, die Stellung des Nachlaßverwalters als eine andere als die des Konkursverwalters zu betrachten; auch dieser steht unter Aufsicht und ist zuweilen an eine Genehmigung gebunden. Wie wenig das Gesetz an den Nachlaßverwalter als Vertreter des Erben gedacht hat, ist aus § 1985 Abs. 2 Satz 1 zu entnehmen, wonach der Nachlaßverwalter den Gläubigern direkt haftet und es einer Ueberweisung der Ansprüche des Erben nicht bedarf. Der Erstrichter gründet seine Ansicht, daß der Nachlaßverwalter Vertreter der Erben sei, gleich Jaeger (KO. Anm. 10 zu § 6) auch auf die Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 50 S. 394, allein beide berücksichtigen nicht, daß die Entscheidung nur einen Fall der reinen Nachlaßpflegschaft nach § 1960, 1961 behandelt, wie aus dem Satze zu ersehen ist, daß der Pfleger deshalb die Person des Erben vertrete, weil deren Interessen zu wahren seine alleinige Aufgabe sei. Es ist aber doch nicht zu bestreiten, daß der Nachlaßverwalter eine auch im öffentlichen Interesse liegende doppelte Aufgabe hat, nämlich die Wahrnehmung der Interessen der Erben und der Nachlaßgläubiger. Das Berufungsgericht schließt sich der durch Strohal, Gaupp-Stein, Cosack, Hellwig, Böhm (Erbrecht S. 351 ff.), Weigl (Vorträge über d. BGB. 1900 Bd. II S. 342/43) vertretenen Ansicht an, daß der Nachlaßverwalter nicht Vertreter der Erben ist. Es kann nicht anerkannt werden, daß, wie Jaeger sagt, nach der herrschenden Meinung der Nachlaßverwalter gesetzlicher Vertreter der Erben sei. Auch Müller-Meikel (BGB., II. Aufl. Bd. II S. 606/7) sehen im Nachlaßverwalter keinen gesetzlichen Vertreter der Nachlaßgläubiger oder der Erben, sondern ein besonderes Organ, das kraft eigenen Rechts an die Stelle des Erben tritt. Sie wollen zwar daraus, daß der Erbe Inhaber aller zum Nachlasse gehörenden Rechte und Verpflichtungen bleibe und durch die Handlungen des Nachlaßverwalters berechtigt und verpflichtet werde, folgern, daß der Erbe Partei sei und deshalb auch nicht Zeuge sein könne, allein diese Folgerung widerspricht der von ihnen gebilligten Rechtsstellung des Nachlaßverwalters und läßt außer acht, daß mit der Frage nach dem Träger von Recht und Verbindlichkeit nicht die zusammenfällt, wer prozessual Parteistellung bekleidet, daß vielmehr die Stellung als Prozeßpartei auch auf einem anderen Grunde als dem der Inhaberschaft der materiellen Berechtigung und der Schuldnereigenschaft, insbesonders auf einem vorzugsweise im Interesse anderer geordneten Dispositionsrechte beruhen kann (Entsch. d. Reichsgerichts i. ZS. Bd. 52 S. 333). Ein solches Recht ist aber auch nach der Ansicht der beiden Autoren dem Nachlaßverwalter verliehen. Ist nun der Nachlaßverwalter nicht Vertreter

der Erben — daß er nicht **Vertreter der Nachlaßmasse** sein kann, nennt Strohal Bd. II S. 281 gegenüber der Hellwigschen Lehre, die eine Rechtspersönlichkeit der Nachlaßmasse annimmt, mit Recht eine „hausbackene Wahrheit“, da nur natürliche oder juristische Personen vertreten werden können, dagegen nicht etwas Gegenständliches —, ebensowenig Vertreter der Gläubiger, so kann er, wenn ein Anspruch gegen den Nachlaß gemäß § 1984 BGB. nur gegen ihn geltend gemacht werden kann, nur selbst Partei sein. Die Klage ist daher mit Recht gemäß § 12, 13 ZPO. bei dem Landgerichte A. erhoben werden, in dessen Bezirk der Nachlaßverwalter wohnt. (Urt. v. 13. Juli 1905.) H.

## Landgericht München I.

### I.

**Zu §§ 1, 15 EG. z. ZVG., § 14 GBO., Art. 41 UeG.** Das AG. M. I ordnete durch Beschluß vom 13. Januar 1902 gemäß §§ 749, 753 BGB., Art. 173, 181 EG. z. BGB., Art. 41 UeG., §§ 181 ff. ZVG. und Art. 24 ff. SubhO. die Beschlagnahme eines Anwesens in M. zum Zwecke der Zwangsversteigerung behufs Aufhebung der Gemeinschaft an. Nach Zwangsversteigerungsprotokoll vom 19. Juni 1902 wurde das Anwesen der X zugeschlagen, die ihrer Verpflichtung zur Bezahlung des Strichschillings nicht nachkam. Nach Maßgabe des Verteilungsplanes wurden Erhebungsanweisungen erteilt. Das Zwangsversteigerungsverfahren ist noch nicht erledigt. Einer der Beteiligten verlangte auf Grund seiner vollstreckbaren, der Schuldnerin zugestellten Erhebungsanweisung beim Grundbuchamte, daß gemäß § 14 GBO. in Berichtigung des Grundbuchs die Ansteigerin X als Eigentümerin des Anwesens eingetragen werde und daß zugleich für die Forderung Sicherheitshypothek auf dem Anwesen im Grundbuch eingeschrieben werde. Das Grundbuchamt hat den Antrag mit Rücksicht auf § 15 EG. z. ZVG., Art. 94 SubhO. abgelehnt. Die hiegegen eingelegte Beschwerde ist durch Beschluß vom 2. Oktober 1905 — BeschwReg. Nr. 526 1905 I — aus folgenden Gründen zurückgewiesen worden: Das Zwangsversteigerungsverfahren hat altrechtlich begonnen und ist nach den Vorschriften der SubhO., insbesondere nach Art. 94, der die erledigende Offizialtätigkeit des Vollstreckungsgerichts umgrenzt, zu Ende zu führen. Art. 41 UeG. hat lediglich die § 181 Abs. I, Abs. II Satz 2, § 182 Abs. I, II und §§ 183, 184 des neuen Zwangsversteigerungsgesetzes für anwendbar erklärt; im übrigen haben für die Zeit vor der Grundbuchanlegung die Bestimmungen der Subhastationsordnung Anwendung zu finden (Henle-Schneider AG. S. 461, Becher, Materialien Bd. 7 S. 44). Die Erledigung des anhängigen Zwangsvollstreckungsverfahrens ist die Sache des Vollstreckungsgerichts, das zu prüfen hat, ob die Voraussetzungen für die Maßnahmen nach Art. 94, 122 SubhO. gegeben sind (Ortenau-Henle, Komm. z. SubhO., 3. Aufl. S. 335 Note c, Henle, SubhO., 2. Aufl. S. 133). Die Anwendung von neuem Zwangsversteigerungsrecht oder von Vorschriften der GBO. in dieses altrechtlich anhängig gewordene Zwangsversteigerungsverfahren hinein ist durch §§ 1, 15 EG. z. ZVG. ausgeschlossen. Danach bleiben nicht nur die landesrechtlichen Verfahrensvorschriften sondern auch die Bestimmungen des altrechtlichen materiellen Liegenschaftsrechtes insoweit in Geltung, als dieses mit dem anhängigen Verfahren zusammenhängt (Planck, EG. z. BGB. Art. 192 Anm. 11; Habicht, 3. Aufl. S. 292, 428, 512; Steiner, Komm. z. ZVG. S. 329 Anm. 1 und 2; Motive z. ZVG. S. 377; Reichsgericht in Jur. Wschr. 1902 S. 122). Es kann daher auch vom Grundbuchamte keine Grundbuchberichtigung in ein derartiges Zwangsversteigerungsverfahren hinein vorgenommen werden. Die Grundbuchberichtigung ist auch nach neuem Zwangsversteigerungsrecht — § 130 ZVG. — Offizialsache des Vollstreckungsgerichts. Die Anwendbarkeit des Art. 21 SubhO. versagt aber im gegebenen Falle, weil bereits ein Versteigerungsverfahren anhängig ist. An dieser Rechtslage vermag der Umstand nichts zu ändern, daß sich für den Beschwerdeführer Unzuträglichkeiten tatsächlicher Art ergeben können. Ein Eingreifen des Grundbuchamts ist ausgeschlossen.

Mitgeteilt von Landgerichtsrat Karl Meyer in München.

### II.

**Ist die Zuständigkeit des Prozeßgerichts bei Erlassung einer einstweiligen Anordnung nach § 769 ZPO. sachlich zu prüfen? Kann mangelnde Glaubhaftmachung durch Sicherheitsleistung ersetzt werden?** a) F. erhob Widerspruchsklage nach § 771 ZPO. und begründete die Zuständigkeit des angegangenen Amtsgerichts damit, daß zwar ursprünglich Pfandsumme und Pfandwert 300 Mark überstiegen hätten, der jetzige Schuldrest aber infolge Teilzahlung nur noch 298 Mark betrage. Das Amtsgericht stellte antragsgemäß die Zwangsvollstreckung bis zur Erlassung des Urteils ein. Hiegegen erhob der Gläubiger sofortige Beschwerde, weil die Restschuld nach seiner Berechnungsweise noch über 300 Mark beziffere und mangels genügender Glaubhaftmachung des klägerischen Eigentums Sicherheit zu fordern sei. Sie wurde verworfen.

Aus den Gründen: Für die Zuständigkeit des Prozeßgerichts nach § 769 ZPO. muß die hier unbestritten jetzt vorliegende formelle Rechtshängigkeit ebenso genügen wie in den Fällen der §§ 943 u. 203 ZPO. (RGE. Bd. 46 S. 391; Bd. 50 S. 343; J. W. 1894 S. 72); mangelnde Glaubhaftmachung kann hier durch Sicherheitsleistung an sich nicht ersetzt werden (Rspr. d. OLG. Bd. 4 S. 149); Verlustgefahr liegt angesichts der langen Dauer der Pfändung (seit 1903) nicht vor und die Glaubhaftmachung (einfache schriftliche Erklärung des Schuldners) genügt immerhin, zumal im Hinblick auf die tatsächlich erfolgte Klagezustellung. — (Beschl. vom 19. August 1905, Beschw.-R. 492/05.)

b) S. reichte beim Amtsgericht eine Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO.) gegen ein gewerbegerichtliches Urteil ein und beantragte Einstellung der Vollstreckung. Letztere wurde mangels Glaubhaftmachung der Klagebehauptungen vom Amtsgericht als Prozeßgericht verweigert und die sofortige Beschwerde wurde zurückgewiesen. Das Landgericht ließ die Frage der Glaubhaftmachung dahin gestellt und stützte sich nur darauf, daß für die Vollstreckungsklage und damit für den prozeßgerichtlichen Einstellungsbeschluß die ausschließliche Zuständigkeit des Gewerbegerichts nach § 57 Abs. 4 GewGG. begründet, somit das Amtsgericht unzuständig sei. (Beschluß vom 25. August 1905, Beschw.-R. 498/05.) *) N.

*) Eine Vereinbarung der beiden abweichenden Entscheidungen dürfte wohl dahin möglich sein, daß zwar die Zuständigkeit für die einstweilige Anordnung formell stets mit der Rechtshängigkeit der Hauptsache gegeben ist, die Zuständigkeit für den Hauptprozeß aber bei der Nachprüfung der Haltbarkeit der Klage mitgeprüft werden kann. Auf eine unhaltbare Klage hin braucht das Prozeßgericht nicht einzustellen. Der Einf.

---

**Zur gefl. Beachtung!** Die Herren Mitarbeiter werden höfl. gebeten, **alle Einsendungen und Zuschriften** an die Adresse des Verlags: **München, Karlspl. 29** richten zu wollen.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, II. Staatsanwalt im K. Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

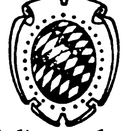
Nr. 22. München, den 15. November 1905. 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).



Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum, Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.



## Gehört eine nach Konkurseröffnung entstandene Eigentümergrundschuld des Gemeinschuldners zur Konkursmasse?

Von Amtsrichter **Dr. Koch** in München.

Die Frage ist bestritten. Vielfach wird die Auffassung vertreten, daß im Hinblick auf § 1 KO. ein derartiges Recht des Gemeinschuldners nicht zur Konkursmasse gehört. Das Konkursverfahren umfasse nur das zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens vorhandene Vermögen des Gemeinschuldners, die späterhin von ihm erworbenen oder ihm zufallenden Rechte und Vermögenswerte seien der Verstrickung entzogen, sog. gantfreies Vermögen, es müsse hienach der infolge Entstehung von Eigentümergrundschulden erfolgende Neuerwerb von Vermögen durch den Gemeinschuldner als in dessen konkursfreies Vermögen fallend angesehen werden, und der Konkursverwalter habe demzufolge keine Befugnis, diese neuen Werte zur Konkursmasse zu ziehen.

Diese Schlußfolgerung, so einleuchtend sie auf den ersten Blick erscheint, hält jedoch bei näherer Prüfung nicht Stich.

Auszugehen ist hierbei von der rechtlichen Natur der Eigentümergrundschuld. Das Gesetz selbst enthält keine Begriffsbestimmung. Nach der in den Gesetzgebungsmaterialien zum Ausdruck gekommenen Grundauffassung und nach dem System des Hypothekenrechts des Bürgerlichen Gesetzbuchs jedoch erscheint sie im Grunde als nichts anderes, als das von dinglicher Belastung zugunsten eines Dritten freie Recht des Eigentümers auf einen bestimmten Wertsteil seines Grundstückes.

Bei Bestellung von Grundkreditbelastungen zerlegt der Eigentümer sein Recht am Grundstück in verschiedene selbständige Teile und bildet auf diese Weise gesonderte Vermögensmassen, die je nach der Art der Belastung verschiedenen Zwecken zu dienen bestimmt sein können. Der Regelfall ist der der Belastung zugunsten eines Dritten in der Form der Hypothek. In jeder derartigen Belastung eines Grundstückteiles, also insbesondere in jeder Hypothekbestellung zugunsten eines Dritten, liegt aber zugleich die Bestellung einer Eigentümergrundschuld (Prot. Bd. III S. 603; Oberneck, Reichsgrundbuchrecht, 3. Aufl. Bd. I § 114). Wenn der Eigentümer eines Grundstücks eine Hypothek bestellt, so scheidet derjenige Wertsteil des Grundstücks, den die Hypothek ergreift, keineswegs aus seinem Vermögen aus, dieser bleibt vielmehr nach wie vor sein Eigentum, er ist nur durch die Hypothek für einen bestimmten Zweck gebunden. Der Eigentümer kann deshalb auch über dieses sein eingetragenes Eigentumsrecht auf den Grundstückswert vorbehaltlich der Rechte des Hypothekgläubigers frei verfügen (Oberneck a. a. O. S. 655). Wird nun diese Bindung späterhin aufgehoben, sei es, daß feststeht, daß eine Forderung auf die Hypothek nicht entstanden ist, oder nicht mehr entstehen kann, sei es, daß die entstandene Forderung erlischt, so erwirbt dadurch der Eigentümer nicht etwas, was ihm bisher nicht gehörte, er erhält vielmehr nur sein ihm bisher zustehendes Eigentum frei von einer dinglichen Last. Es tritt dann nur zutage, daß die seinerzeit erfolgte Bindung zu einem Ausscheiden des betreffenden Grundstückswertteiles aus dem Vermögen des Grundstückseigentümers nicht geführt hat (Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht 2. Aufl. Bd. I Anm II 5 zu § 1163 BGB. in Uebereinstimmung mit den Protokollen Bd. III S. 723, 573, ferner Staudinger-Kober Anm. I 2 b und 3 zu § 1177 BGB., Oberneck, Reichsgrundbuchrecht Bd. I § 114 Ziff. 4, § 115 Ziff. 2). Diese allgemeinen, aus der rechtlichen Natur der Eigentümergrundschuld sich ergebenden Sätze auf die vorliegende Frage angewendet, ergibt sich: Entsteht an einem zu Konkursbeginn vorhandenen Grundstücke des Gemeinschuldners nachträglich eine Eigentümergrundschuld, so erwirbt dieser damit nicht etwa neues, zur Zeit der Einleitung überhaupt nicht vorhandenes Vermögen, er bekommt nicht etwas, was ihm bislang nicht gehörte, er erhält nur sein bisheriges, dem Konkursverfahren unterstelltes Eigentum frei von einer auf ihm ruhenden Belastung. So wenig beispielsweise der Gemeinschuldner eine etwa während des Konkursverfahrens aus irgendwelchen äußeren

Gründen eintretende Wertserhöhung seines dem Konkursverfahren unterstellten Grundeigentums als ein nach Konkursbeginn erworbenes neues Vermögen für sich beanspruchen kann, so wenig kann eine in der Rechtsform der Entstehung einer Eigentümergrundschuld erfolgende Wertserhöhung, der kraft Gesetzes eintretende Heimfall eines ursprünglich zugunsten eines Anderen gebundenen und in diesem Sinne aus der vollfreien Verfügungsmacht des Eigentümers ausgeschiedenen Wertteils seines Grundstücks als neuer Vermögenserwerb angesehen werden, der nicht in die Konkursmasse fällt. Der Konkursverwalter ist demnach berechtigt, die Eigentümergrundschuld für die Masse zu beanspruchen und insbesondere bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks den hierauf treffenden Anteilsanspruch auf die Strichschillingsforderung für die Gesamtheit der Gläubiger geltend zu machen.

Ausgeschlossen ist im letzterem Falle natürlich die Pfändung der Grundschuld oder des Anspruchs hieraus zugunsten eines einzelnen Gläubigers. Dem steht § 14 KO. entgegen. Aber auch die Hypothekgläubiger, etwa die bei einer Zwangsversteigerung ausgefallenen, haben keinen Anspruch auf die Grundschuld und den hierauf treffenden Anteil am Grundstückserlös. Es kann hier zu deren Gunsten § 47 der KO. nicht angezogen werden. Zwar ist nach dem vorstehend Ausgeführten die Eigentümergrundschuld nichts anderes als das Recht des Eigentümers auf einen Wertsteil seines Grundstückes. Dieses Grundstück haftet an sich dem Hypothekgläubiger und dient gemäß § 47 KO. zu dessen abgesonderter Befriedigung. Allein hieraus darf nicht geschlossen werden, daß der dem Eigentümer in der Eigentümergrundschuld zustehende Wertsteil des Grundstücks zur Befriedigung der übrigen an dem Grundstück Berechtigten herangezogen werden kann. Dem widerspricht das dem Hypothekenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs im allgemeinen zugrunde liegende Prinzip des festen Ranges. (Zu vgl. Oberneck, Reichsgrundbuchrecht Bd. I § 114 Ziff. 3, auch StaudingerKober Anm. I 2 zu § 1163 BGB.) Jeder an dem Grundstück Berechtigte hat Anspruch auf Befriedigung nur aus dem Wertsteile, der ihm zugewiesen ist. Dieser ist nach dem Range seines Rechts im Grundbuche genau bestimmt. Er hat keinen Anspruch auf Befriedigung aus dem ganzen möglichen Erlös für das Grundstück bei dessen freihändiger oder zwangsweiser Veräußerung. (Oberneck a. a. O.) Aus diesem Grunde kommt er erst dann zum Zuge, wenn die ihm vorgehenden Rechte vollbefriedigt sind.[1]) In solchem Falle ist also die Eigentümergrundschuld als selbständiges Vermögensobjekt des Eigentümers genau ebenso zu behandeln, wie jedes andere Recht am Grundstück und zwar nach dem Range, den sie im Grundbuch einnimmt. (Turnau-Förster Bd. I S. 784, 881; Staudinger-Kober Anm. I 2 zu § 1177 BGB.; Jäckel, ZVG. S. 108, 170.) Wenn also z. B. die an 2. Rangstelle stehende Hypothek sich in eine Eigentümergrundschuld verwandelt, so hat der an dritter Stelle stehende Hypothekgläubiger Anspruch auf Befriedigung nur aus dem ihm bei Bestellung seines Rechts zugewiesenen Wertsteil des Grundstücks, also nur aus dem Betrage des Grundstückserlöses, der nach Abzug des auf die Eigentümergrundschuld treffenden Teiles verbleibt. Dieser letztere Teil gehört dem Eigentümer zu und fällt im Falle des Konkurses in die Masse.

Die vorstehenden Ausführungen gelten natürlich in gleicher Weise für die Eigentümergrundschulden, die an Stelle von Hypotheken des alten Rechts nach dem Inkrafttreten des neuen Liegenschaftsrechts entstehen. Bei nicht valutierten unter der Herrschaft des bisherigen Rechts eingetragenen Hypotheken steht hiebei, falls nicht späterhin eine Weiterveräußerung des Grundstücks eintritt und zugunsten des späteren Erwerbers die Voraussetzungen des § 1163 BGB. eintreten, eine entstehende Eigentümergrundschuld demjenigen zu, der in dem Zeitpunkte der Anlegung des Grundbuchs Eigentümer des Grundstücks ist, da es sich hiebei um einen lediglich infolge der neuen Gesetzgebung eintretenden Erwerb handelt. (RGE. in ZS. Bd. 51 S. 398 ff.). Ist dies der Gemeinschuldner, so fällt, auch wenn zu diesem Zeitpunkte das Konkursverfahren schon eingeleitet ist, die entstehende Eigentümerhypothek in die Masse, denn auch in diesem Falle stellt sie sich als ein Ausfluß des Rechtes am Grundstücke dar und untersteht

[1]) In einer neueren Entscheidung vom 8. März 1905 (Bd. 60 S. 251) hat das Reichsgericht allerdings in Uebereinstimmung mit Dernburg, Bürgerl. R. 3. Aufl. Bd. 3 § 210 S. 618 und Fuchs, Grundbuchrecht Bd. 1 S. 522 Note 6 (zu vgl. hieher auch Planck 2. Aufl. Bd. 3 S. 513 Anm. e) ausgesprochen, daß die sog. Wertparzellentheorie dem heute geltenden System der dinglichen Rechte an Grundstücken nicht zugrunde liegt. Es kann dahingestellt bleiben, ob damit der entbrannte Streit der Meinungen für die Praxis endgültig erledigt ist. Für die Beantwortung der vorliegenden Frage ist diese oberstrichterliche Feststellung jedenfalls belanglos, da das Reichsgericht in der Sache selbst zu genau dem gleichen Ergebnisse gelangt. Es lehnt zwar die Auffassung ab, die in dem Satze, daß nachstehende Hypotheken nicht eher zum Zuge aus dem Versteigerungserlöse gelangen können, als bis die ihnen vorgehenden Rechte vollständig befriedigt sind, ein allgemeines Rechtsprinzip erblickt. Es hält diesen Satz jedoch als Folge derjenigen Rechtsvorschriften aufrecht, die den aus dem Versteigerungserlöse zu befriedigenden Rechten materiellen Bestand gewähren. M. a. W.: Der Hypothekgläubiger hat hienach mit seinem grundsätzlichen Anspruch auf den ganzen Strichschillingserlös einem konkurrierenden Rechte nur insoweit zu weichen, als letzteres materiellen Bestand hat und ihm im Range vorgeht. Dies trifft bei der Hypothek und der nach Maßgabe der §§ 1163, 1177 BGB. entstehenden Eigentümergrundschuld zu. (Reichsger. a. a. O. S. 254, 255.) Diese hat also auch bei dieser Auffassung Anspruch auf Befriedigung vor dem nachfolgenden Hypothekgläubiger. Sie hat dem Rechte des letzteren nicht zu weichen.

deshalb mit diesem der Verfügung des Konkursverwalters. Auch macht es hiebei keinen Unterschied, wenn etwa der Gemeinschuldner vor Anlegung des Grundbuchs verstirbt und deshalb nach dem oben Ausgeführten dessen Erben als die Erwerber der Grundschuld in Frage kommen. Denn mit dem Tode des Gemeinschuldners verwandelt sich das anhängige Konkursverfahren in einen Nachlaßkonkurs (Jaeger, Anm. 21 zu § 214 KO.), die Erben werden die Träger der Gemeinschuldnerrolle, sie sind als Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners die Inhaber der diesem zugestandenen Rechte, also auch seines Grundeigentums und als Inhaber dieses Eigentums, das dem Konkursverfahren untersteht, erwerben sie die Grundschuld. Diese fällt damit in die Masse und nicht in das etwaige konkursfrei den Erben zugefallene Vermögen des Gemeinschuldners.

---

## Regreßanspruch der Krankenkassen nach § 57 Abs. 4 des Krankenversicherungsgesetzes.

Von Direktionsrat Dr. **Reindl** in München.

§ 57 Abs. 4 und 5 des KrVersG. schreiben vor: „Ist von der Gemeinde-Krankenversicherung oder von der Ortskrankenkasse Unterstützung in einem Krankheitsfalle geleistet, für welchen dem Versicherten ein gesetzlicher Entschädigungsanspruch gegen Dritte zusteht, so geht dieser Anspruch in Höhe der geleisteten Unterstützung auf die Gemeinde-Krankenversicherung oder die Orts-Krankenkasse über."

„In Fällen dieser Art gilt als Ersatz der im § 6 Abs. 1 Ziff. 1 bezeichneten Leistungen die Hälfte des gesetzlichen Mindestbetrages des Krankengeldes, soferne nicht höhere Aufwendungen nachgewiesen werden."

Es ist außer Zweifel, daß als „gesetzlicher Entschädigungsanspruch gegen Dritte" im Sinne der obigen Bestimmung auch der Anspruch eines beim Eisenbahnbetriebe Verletzten auf Grund des HaftpflG. vom 7. Juni 1871 (in der Fassung des Art. 42 EG. z. BGB.) zu erachten ist. Meinungsverschiedenheiten sind aber bei der Rückgriffnahme gegen den Eisenbahnunternehmer über die Auslegung der Worte entstanden: „so geht dieser Anspruch in der Höhe der geleisteten Unterstützung auf die Gemeinde-Krankenversicherung oder die Orts-Krankenkasse über". Es ist nämlich die Frage aufgetaucht, ob die Krankenkasse bis zur Höhe der von ihr geleisteten Beiträge Ersatz von dem Dritten verlangen könne, soferne nur der von ihr Unterstützte überhaupt einen gesetzlichen Anspruch in der gleichen Höhe gegen den Eisenbahnunternehmer habe, ob also lediglich die Summe der von der Krankenkasse geleisteten Beiträge mit der Summe der von dem Unternehmer zu ersetzenden Beiträge abgeglichen werden müsse, oder ob bei der Rückgriffnahme auf die rechtliche Natur der Beträge, aus denen sich die Unterstützung der Krankenkasse, und auf die rechtliche Natur der Leistungen, aus denen sich die Entschädigung des Unternehmers zusammensetzt, Rücksicht genommen werden müsse, und nur hinsichtlich der einzelnen Beträge, je nach ihrer rechtlichen Natur, Abgleichung stattfinden dürfe.

Ein Beispiel wird diesen Unterschied ohne weiteres klar machen:

A. ist beim Betriebe einer Eisenbahn verletzt worden, so daß er 4 Wochen ärztlicher Hilfe bedurfte und während dieser Zeit völlig erwerbsunfähig war. Er hat von der Krankenkasse, der er angehörte, während dieser Zeit ärztliche Hilfe nach Maßgabe des Krankenversicherungsgesetzes sowie ein Krankengeld im Gesamtbetrage von 33 Mk. erhalten. Sein wirklicher Entgang an Arbeitsverdienst für diese Zeit hat 76 Mk. betragen. Er hat nun von der Eisenbahnverwaltung auf Grund des Haftpflichtgesetzes Ersatz des tatsächlichen Verdienstentgangs in der Höhe von 76 Mk. beansprucht,[1]) während gleichzeitig auch die Krankenkasse Ersatz ihrer Auslagen, und zwar 20 Mk. Bauschbetrag für ärztliche Hilfe und Arzneimittel gemäß § 57 Abs. 5 des KrVersG. und 33 Mk. für gewährtes Krankengeld, zusammen also 53 Mk. verlangte. Die Eisenbahn hat aber wegen inmitten liegenden eigenen Verschuldens des Verletzten gemäß § 254 BGB. ihre Haftung nur bis zur Hälfte des nach Maßgabe des Haftpflichtgesetzes zu ersetzenden Schadens anerkannt. Der von ihr zu ersetzende Betrag beläuft sich demnach auf: $\frac{20}{2} = 10$ Mk. = Hälfte der Heilungskosten und $\frac{76}{2} = 38$ Mk. = Hälfte des entgangenen Arbeitsverdienstes, zusammen 48 Mk., bleibt also hinter dem von der Krankenkasse aufgewendeten Gesamtbetrage von $20 + 33 = 53$ Mk. zurück. Ist nun der vom Eisenbahnunternehmer zu vergütende Betrag vollständig an die Krankenkasse, welche insgesamt mehr aufgewendet hat, gemäß § 57 Abs. 4 a. a. O. abzuführen, oder aber ist an diese nur die Hälfte der Heilungskosten, also der Betrag von $\frac{20}{2} = 10$ Mk. und außerdem aus der Hälfte der für Verdienstentgang zu entrichtenden Summe von $\frac{76}{2} = 38$ Mk. der als Krankengeld gewährte Betrag von 33 Mk. zu vergüten, der Rest von 5 Mk. aber an den Verletzten zu zahlen?

Für den Umfang der Ersatzverbindlichkeit des Eisenbahnunternehmers macht es selbstredend keinen Unterschied, ob die Frage in ersterem oder in letzterem Sinne beantwortet wird. Dagegen würde

[1]) Heilungskosten neben der von der Krankenkasse geleisteten ärztlichen Hilfe und Arznei sind ihm nicht erwachsen.

Gründen eintretende Wertserhöhung seines dem Konkursverfahren unterstellten Grundeigentums als ein nach Konkursbeginn erworbenes neues Vermögen für sich beanspruchen kann, so wenig kann eine in der Rechtsform der Entstehung einer Eigentümergrundschuld erfolgende Wertserhöhung, der kraft Gesetzes eintretende Heimfall eines ursprünglich zugunsten eines Anderen gebundenen und in diesem Sinne aus der vollfreien Verfügungsmacht des Eigentümers ausgeschiedenen Wertteils seines Grundstücks als neuer Vermögenserwerb angesehen werden, der nicht in die Konkursmasse fällt. Der Konkursverwalter ist demnach berechtigt, die Eigentümergrundschuld für die Masse zu beanspruchen und insbesondere bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks den hierauf treffenden Anteilsanspruch auf die Strichschillingsforderung für die Gesamtheit der Gläubiger geltend zu machen.

Ausgeschlossen ist im letzterem Falle natürlich die Pfändung der Grundschuld oder des Anspruchs hieraus zugunsten eines einzelnen Gläubigers. Dem steht § 14 KO. entgegen. Aber auch die Hypothekgläubiger, etwa die bei einer Zwangsversteigerung ausgefallenen, haben keinen Anspruch auf die Grundschuld und den hierauf treffenden Anteil am Grundstückserlös. Es kann hier zu deren Gunsten § 47 der KO. nicht angezogen werden. Zwar ist nach dem vorstehend Ausgeführten die Eigentümergrundschuld nichts anderes als das Recht des Eigentümers auf einen Wertsteil seines Grundstückes. Dieses Grundstück haftet an sich dem Hypothekgläubiger und dient gemäß § 47 KO. zu dessen abgesonderter Befriedigung. Allein hieraus darf nicht geschlossen werden, daß der dem Eigentümer in der Eigentümergrundschuld zustehende Wertsteil des Grundstücks zur Befriedigung der übrigen an dem Grundstück Berechtigten herangezogen werden kann. Dem widerspricht das dem Hypothekenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs im allgemeinen zugrunde liegende Prinzip des festen Ranges. (Zu vgl. Oberneck, Reichsgrundbuchrecht Bd. I § 114 Ziff. 3, auch StaudingerKober Anm. I 2 zu § 1163 BGB.) Jeder an dem Grundstück Berechtigte hat Anspruch auf Befriedigung nur aus dem Wertsteile, der ihm zugewiesen ist. Dieser ist nach dem Range seines Rechts im Grundbuche genau bestimmt. Er hat keinen Anspruch auf Befriedigung aus dem ganzen möglichen Erlös für das Grundstück bei dessen freihändiger oder zwangsweiser Veräußerung. (Oberneck a. a. O.) Aus diesem Grunde kommt er erst dann zum Zuge, wenn die ihm vorgehenden Rechte vollbefriedigt sind.[1]) In solchem Falle ist also die Eigentümergrundschuld als selbständiges Vermögensobjekt des Eigentümers genau ebenso zu behandeln, wie jedes andere Recht am Grundstück und zwar nach dem Range, den sie im Grundbuch einnimmt. (Turnau-Förster Bd. I S. 784, 881; Staudinger-Kober Anm. I 2 zu § 1177 BGB.; Jäckel, ZVG. S. 108, 170.) Wenn also z. B. die an 2. Rangstelle stehende Hypothek sich in eine Eigentümergrundschuld verwandelt, so hat der an dritter Stelle stehende Hypothekgläubiger Anspruch auf Befriedigung nur aus dem ihm bei Bestellung seines Rechts zugewiesenen Wertsteil des Grundstücks, also nur aus dem Betrage des Grundstückserlöses, der nach Abzug des auf die Eigentümergrundschuld treffenden Teiles verbleibt. Dieser letztere Teil gehört dem Eigentümer zu und fällt im Falle des Konkurses in die Masse.

Die vorstehenden Ausführungen gelten natürlich in gleicher Weise für die Eigentümergrundschulden, die an Stelle von Hypotheken des alten Rechts nach dem Inkrafttreten des neuen Liegenschaftsrechts entstehen. Bei nicht valutierten unter der Herrschaft des bisherigen Rechts eingetragenen Hypotheken steht hiebei, falls nicht späterhin eine Weiterveräußerung des Grundstücks eintritt und zugunsten des späteren Erwerbers die Voraussetzungen des § 1163 BGB. eintreten, eine entstehende Eigentümergrundschuld demjenigen zu, der in dem Zeitpunkte der Anlegung des Grundbuchs Eigentümer des Grundstücks ist, da es sich hiebei um einen lediglich infolge der neuen Gesetzgebung eintretenden Erwerb handelt. (RGE. in ZS. Bd. 51 S. 398 ff.). Ist dies der Gemeinschuldner, so fällt, auch wenn zu diesem Zeitpunkte das Konkursverfahren schon eingeleitet ist, die entstehende Eigentümerhypothek in die Masse, denn auch in diesem Falle stellt sie sich als ein Ausfluß des Rechtes am Grundstücke dar und untersteht

---

[1]) In einer neueren Entscheidung vom 8. März 1905 (Bd. 60 S. 251) hat das Reichsgericht allerdings in Uebereinstimmung mit Dernburg, Bürgerl. R. 3. Aufl. Bd. 3 § 210 S. 618 und Fuchs, Grundbuchrecht Bd. 1 S. 522 Note 6 (zu vgl. hieher auch Planck 2. Aufl. Bd. 3 S. 513 Anm. e) ausgesprochen, daß die sog. Wertparzellentheorie dem heute geltenden System der dinglichen Rechte an Grundstücken nicht zugrunde liegt. Es kann dahingestellt bleiben, ob damit der entbrannte Streit der Meinungen für die Praxis endgültig erledigt ist. Für die Beantwortung der vorliegenden Frage ist diese oberstrichterliche Feststellung jedenfalls belanglos, da das Reichsgericht in der Sache selbst zu genau dem gleichen Ergebnisse gelangt. Es lehnt zwar die Auffassung ab, die in dem Satze, daß nachstehende Hypotheken nicht eher zum Zuge aus dem Versteigerungserlöse gelangen können, als bis die ihnen vorgehenden Rechte vollständig befriedigt sind, ein allgemeines Rechtsprinzip erblickt. Es hält diesen Satz jedoch als Folge derjenigen Rechtsvorschriften aufrecht, die den aus dem Versteigerungserlöse zu befriedigenden Rechten materiellen Bestand gewähren. M. a. W.: Der Hypothekgläubiger hat hienach mit seinem grundsätzlichen Anspruch auf den ganzen Strichschillingserlös einem konkurrierenden Rechte nur insoweit zu weichen, als letzteres materiellen Bestand hat und ihm im Range vorgeht. Dies trifft bei der Hypothek und der nach Maßgabe der §§ 1163, 1177 BGB. entstehenden Eigentümergrundschuld zu (Reichsger. a. a. O. S. 254, 255.) Diese hat also auch bei dieser Auffassung Anspruch auf Befriedigung vor dem nachfolgenden Hypothekgläubiger. Sie hat dem Rechte des letzteren nicht zu weichen.

deshalb mit diesem der Verfügung des Konkursverwalters. Auch macht es hiebei keinen Unterschied, wenn etwa der Gemeinschuldner vor Anlegung des Grundbuchs verstirbt und deshalb nach dem oben Ausgeführten dessen Erben als die Erwerber der Grundschuld in Frage kommen. Denn mit dem Tode des Gemeinschuldners verwandelt sich das anhängige Konkursverfahren in einen Nachlaßkonkurs (Jaeger, Anm. 21 zu § 214 KO.), die Erben werden die Träger der Gemeinschuldnerrolle, sie sind als Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners die Inhaber der diesem zugestandenen Rechte, also auch seines Grundeigentums und als Inhaber dieses Eigentums, das dem Konkursverfahren untersteht, erwerben sie die Grundschuld. Diese fällt damit in die Masse und nicht in das etwaige konkursfrei den Erben zugefallene Vermögen des Gemeinschuldners.

## Regreßanspruch der Krankenkassen nach § 57 Abs. 4 des Krankenversicherungsgesetzes.

Von Direktionsrat Dr. **Reindl** in München.

§ 57 Abs. 4 und 5 des KrVersG. schreiben vor: „Ist von der Gemeinde-Krankenversicherung oder von der Ortskrankenkasse Unterstützung in einem Krankheitsfalle geleistet, für welchen dem Versicherten ein gesetzlicher Entschädigungsanspruch gegen Dritte zusteht, so geht dieser Anspruch in Höhe der geleisteten Unterstützung auf die Gemeinde-Krankenversicherung oder die Orts-Krankenkasse über."

„In Fällen dieser Art gilt als Ersatz der im § 6 Abs. 1 Ziff. 1 bezeichneten Leistungen die Hälfte des gesetzlichen Mindestbetrages des Krankengeldes, soferne nicht höhere Aufwendungen nachgewiesen werden."

Es ist außer Zweifel, daß als „gesetzlicher Entschädigungsanspruch gegen Dritte" im Sinne der obigen Bestimmung auch der Anspruch eines beim Eisenbahnbetriebe Verletzten auf Grund des HaftpflG. vom 7. Juni 1871 (in der Fassung des Art. 42 EG. z. BGB.) zu erachten ist. Meinungsverschiedenheiten sind aber bei der Rückgriffnahme gegen den Eisenbahnunternehmer über die Auslegung der Worte entstanden: „so geht dieser Anspruch in der Höhe der geleisteten Unterstützung auf die Gemeinde-Krankenversicherung oder die Orts-Krankenkasse über". Es ist nämlich die Frage aufgetaucht, ob die Krankenkasse bis zur Höhe der von ihr geleisteten Beiträge Ersatz von dem Dritten verlangen könne, soferne nur der von ihr Unterstützte überhaupt einen gesetzlichen Anspruch in der gleichen Höhe gegen den Eisenbahnunternehmer habe, ob also lediglich die Summe der von der Krankenkasse geleisteten Beiträge mit der Summe der von dem Unternehmer zu ersetzenden Beiträge abgeglichen werden müsse, oder ob bei der Rückgriffnahme auf die rechtliche Natur der Beträge, aus denen sich die Unterstützung der Krankenkasse, und auf die rechtliche Natur der Leistungen, aus denen sich die Entschädigung des Unternehmers zusammensetzt, Rücksicht genommen werden müsse, und nur hinsichtlich der einzelnen Beträge, je nach ihrer rechtlichen Natur, Abgleichung stattfinden dürfe.

Ein Beispiel wird diesen Unterschied ohne weiteres klar machen:

A. ist beim Betriebe einer Eisenbahn verletzt worden, so daß er 4 Wochen ärztlicher Hilfe bedurfte und während dieser Zeit völlig erwerbsunfähig war. Er hat von der Krankenkasse, der er angehörte, während dieser Zeit ärztliche Hilfe nach Maßgabe des Krankenversicherungsgesetzes sowie ein Krankengeld im Gesamtbetrage von 33 Mk. erhalten. Sein wirklicher Entgang an Arbeitsverdienst für diese Zeit hat 76 Mk. betragen. Er hat nun von der Eisenbahnverwaltung auf Grund des Haftpflichtgesetzes Ersatz des tatsächlichen Verdienstentgangs in der Höhe von 76 Mk. beansprucht,[1]) während gleichzeitig auch die Krankenkasse Ersatz ihrer Auslagen, und zwar 20 Mk. Bauschbetrag für ärztliche Hilfe und Arzneimittel gemäß § 57 Abs. 5 des KrVersG. und 33 Mk. für gewährtes Krankengeld, zusammen also 53 Mk. verlangte. Die Eisenbahn hat aber wegen inmitten liegenden eigenen Verschuldens des Verletzten gemäß § 254 BGB. ihre Haftung nur bis zur Hälfte des nach Maßgabe des Haftpflichtgesetzes zu ersetzenden Schadens anerkannt. Der von ihr zu ersetzende Betrag beläuft sich demnach auf: $\frac{20}{2} = 10$ Mk. = Hälfte der Heilungskosten und $\frac{76}{2} = 38$ Mk. = Hälfte des entgangenen Arbeitsverdienstes, zusammen 48 Mk., bleibt also hinter dem von der Krankenkasse aufgewendeten Gesamtbetrage von $20 + 33 = 53$ Mk. zurück. Ist nun der vom Eisenbahnunternehmer zu vergütende Betrag vollständig an die Krankenkasse, welche insgesamt mehr aufgewendet hat, gemäß § 57 Abs. 4 a. a. O. abzuführen, oder aber ist an diese nur die Hälfte der Heilungskosten, also der Betrag von $\frac{20}{2} = 10$ Mk. und außerdem aus der Hälfte der für Verdienstentgang zu entrichtenden Summe von $\frac{76}{2} = 38$ Mk. der als Krankengeld gewährte Betrag von 33 Mk. zu vergüten, der Rest von 5 Mk. aber an den Verletzten zu zahlen?

Für den Umfang der Ersatzverbindlichkeit des Eisenbahnunternehmers macht es selbstredend keinen Unterschied, ob die Frage in ersterem oder in letzterem Sinne beantwortet wird. Dagegen würde

[1]) Heilungskosten neben der von der Krankenkasse geleisteten ärztlichen Hilfe und Arznei sind ihm nicht erwachsen.

bei der ersteren Art der Berechnung die Krankenkasse den von ihr aufgewendeten Betrag voll erhalten und der Verletzte leer ausgehen, während bei der zweiten Berechnungsweise der Verletzte einen Teil des von der Eisenbahn zu zahlenden Entschädigungsbetrages erhielte.

Auf den ersten Blick wird man nun allerdings geneigt sein, an der Hand des Wortlautes des Gesetzes die erstere Berechnungsweise für die zutreffende zu halten und in folgender Weise zu argumentieren: die Krankenkasse hat in dem Krankheitsfalle Unterstützung in der Höhe von insgesamt 53 Mk. geleistet; für diesen Krankheitsfall steht dem Versicherten ein gesetzlicher Entschädigungsanspruch gegen einen Dritten, den Eisenbahnunternehmer, in der Höhe von insgesamt 48 Mk. zu; dieser Anspruch ist demnach in Höhe der geleisteten Unterstützung, also hier bis zum Betrage von 48 Mk., kraft Gesetzes auf die Kasse übergegangen.

Bei näherem Zusehen wird sich aber diese Schlußfolgerung nicht aufrechterhalten lassen.

Die Verpflichtung der Eisenbahnverwaltung zum Schadenersatz gründet sich auf die Bestimmungen des Haftpflichtgesetzes. Danach kann der Verletzte Ersatz der Kosten der Heilung sowie des durch die zeitweilige Aufhebung seiner Erwerbsfähigkeit erlittenen Vermögensnachteils verlangen. Beides sind rechtlich selbständige und unabhängig voneinander bestehende Ansprüche. Hieraus folgt, daß jeder der beiden Ansprüche nur insoweit auf die Krankenkasse übergegangen sein kann, als sie eine Entschädigung der gleichen Art, also für den gleichen Schaden, an den Verletzten, bzw. Versicherten geleistet hat; denn eine gesetzliche Zession an die Krankenkasse kann nur insoweit eingetreten sein, als der Verletzte wegen des gleichen Schadens, für den er von der Krankenkasse Ersatz erhalten hat, einen Anspruch gegen den Eisenbahnunternehmer hat. Nun hat aber die Krankenkasse für den durch Aufhebung der Erwerbsfähigkeit entstandenen Schaden nur in der Höhe von 33 Mk. durch Gewährung eines Krankengeldes Ersatz geleistet; denn § 6 Abs. 1 Ziff. 2 des KrVersG. erklärt das Krankengeld ausdrücklich als eine für die eingetretene Erwerbsunfähigkeit zu leistende Vergütung. Hieraus folgt aber, daß von dem gegen die Eisenbahn bestehenden Anspruch wegen entgangenen Arbeitsverdienstes zu $\frac{76}{2} = 38$ Mk. nur der Betrag von 33 Mk. auf die Kasse übergegangen sein kann, der Rest von 5 Mk. aber dem Verletzten zukommt. Würde man auch diesen Rest der Krankenkasse überweisen, so würde sie aus der von der Eisenbahn als Entschädigung für die Erwerbsunfähigkeit zu zahlenden Summe einen Teil der Heilungskosten ersetzt erhalten, dem Entschädigungsberechtigten daher aus der ihm wegen Erwerbsunfähigkeit zukommenden Entschädigung ein Teil für eine von der Krankenkasse kraft Gesetzes zu übernehmende Leistung anderer Art entzogen werden. Der Verletzte würde also von der Eisenbahn tatsächlich weniger erhalten, als er von ihr zu fordern hätte; denn er hat wegen seines Verdienstentganges eine Forderung in der Höhe von 38 Mk., während er tatsächlich hiewegen nur den von der Krankenkasse geleisteten Betrag von 33 Mk. erhielte. Man kann hiegegen nicht einwenden, daß der Verletzte ohne das Eintreten der Krankenkasse den über die von der Eisenbahn zu übernehmende Hälfte der Heilungskosten hinausgehenden Betrag ja auch selbst hätte übernehmen müssen. Dies ist zwar richtig; es ist dabei aber übersehen, daß der Verletzte infolge der Beiträge zur Krankenkasse eben einen gesetzlichen Anspruch auf diese Heilungskosten gegen die Kasse erworben hat, und daß die Kasse einen Anspruch auf Ersatz nur gegen den Dritten, nicht aber gegen den Verletzten selbst hat; Ersatz von dem Verletzten selbst würde sie aber erhalten, wenn ihr dieser aus der ihm wegen seines Verdienstentganges von der Eisenbahn zukommenden Entschädigung einen Teil für die Kosten der geleisteten Krankenhilfe abtreten müßte. Bestände ein Ersatzanspruch des Verletzten gegen die Eisenbahn nicht, z. B. weil das Verschulden des Verletzten als die überwiegende Ursache des Unfalls gemäß § 254 BGB. anzusehen gewesen wäre, so würde die Krankenkasse ja auch den gesamten Betrag für Heilungskosten und Krankengeld allein zu tragen haben, ohne von dem Verletzten Erstattung des ganzen Betrages oder eines Teiles verlangen zu können.

---

## Außereheliche Verwandtschaft und Schwägerschaft im Gebiet des Strafrechts und Strafprozeßrechts.

Von Amtsrichter **Dr. Keßler** in München.

Strafgesetzbuch und Strafprozeßordnung knüpfen vielfach an Verwandtschaft und Schwägerschaft rechtliche Wirkungen. Im Strafgesetzbuch geschieht dies an folgenden Stellen:

§§ 52, 54, 173, 181, 182, 189, 213, 215, 223, 232, 235, 237, 247, 257, 258, 263, 292, 303, 370 Ziff. 5.

Die Verwandtschafts-(Schwägerschafts-)verhältnisse, von denen diese Stellen sprechen, sind nicht immer die gleichen. Hier kommen nur die durch Erzeugung begründeten Verwandtschaftsverhältnisse und die durch sie vermittelten Schwägerschaftsverhältnisse in Betracht, somit die Begriffe: „Verwandte und Verschwägerte auf- und absteigender Linie" und „Geschwister" (§§ 52, 54, 173, 213, 215, 223, 247, 257, 258, 263, 289, 292, 303, 370 Ziff. 5), „Eltern" und „Kinder" (§§ 181, 182, 189, 235, 237) und „Mutter" und „uneheliches Kind" (§ 217).

Meistens spricht das Strafgesetzbuch von „Angehörigen", und es versteht unter dieser einheitlichen Bezeichnung verschiedene Kategorieen von Personen, darunter auch Verwandte und Verschwägerte auf- und absteigender Linie und Geschwister (§ 52 Abs. 2 StGB.). Es macht natürlich keinen Unterschied für die Bestimmung dieser Begriffe, ob sie in der allgemeinen Bezeichnung „Angehörige" mitenthalten oder — vgl. § 173 StGB. — eigens genannt sind.

Die Strafprozeßordnung macht an folgenden Stellen rechtliche Wirkungen von der Verwandtschaft (Schwägerschaft) abhängig:

§§ 22 Ziff. 3, (24 I, 31, 32, 74), 51 (54, 57, 76, 95 II, 97).

Die Wirkungen, die beide Gesetze an die Verwandtschaft (Schwägerschaft) knüpfen, sind wieder verschiedene. Mannigfach sind sie vor allem im Strafgesetzbuch. Hier wirkt die Verwandtschaft (Schwägerschaft):

1. strafausschließend: §§ 52, 54, 247 II, 257 II, 289 letzter Abs., 370 Ziff. 5 Abs. 2;
2. strafbegründend: §§ 173, 235, 237;
3. strafschärfend: §§ 215, 223 II;
4. strafmildernd: § 213; vgl. auch § 217;
5. die Strafverfolgung bedingend, und zwar insofern sie abhängig gemacht wird:
   a) von einem sonst nicht erforderlichen Strafantrag: (§§ 247 I, 263 II, 292 II);
   b) von der Nichtzurücknahme des allgemein erforderlichen Strafantrags: §§ 232 II, 303 IV.

In der Strafprozeßordnung sind diese Wirkungen hauptsächlich zweierlei:

1. Gesetzlicher Ausschluß des Richters — Gerichtsschreibers, Schöffen, Geschworenen — von der Ausübung des Amts oder Recht zur Ablehnung dieser Personen: §§ 22, 31, 32, 34.

2. Recht zur Verweigerung des Zeugnisses oder der Beeidigung eines trotzdem abgelegten Zeugnisses: §§ 51, 54, 57 I.

Zu 1. gehört auch das Recht zur Ablehnung eines Sachverständigen: § 74.

Im Zusammenhang mit 2. ist zu erwähnen: das Recht des Sachverständigen zur Verweigerung des Gutachtens (§ 76), die Unzulässigkeit der Anwendung der Zwangsmittel des § 69 auch im Falle der Beschlagnahme (§ 95 Abs. 2), sowie die Unzulässigkeit der Beschlagnahme selbst in gewisser Richtung (§ 97 Abs. 1).

Bei der Frage, ob die angeführten Gesetzesstellen unter Verwandtschaft und Schwägerschaft auch die durch außereheliche Erzeugung begründete Verwandtschaft und dadurch etwa vermittelte Schwägerschaft mitverstehen, ist es zweckmäßig, den Rechtsstand vor Einführung des BGB. kurz zu skizzieren.

Bis zum 1. Januar 1900 ging die Rechtsprechung, insbesondere die des Reichsgerichts, unter fast ausnahmsloser Zustimmung der Literatur davon aus, daß sowohl für das Gebiet des Strafrechts als auch für das des Strafprozesses die Begriffe Verwandtschaft und Schwägerschaft nicht nach irgendeinem der vielen damals in Deutschland geltenden bürgerlichen Rechte bestimmt werden dürfen, sondern allein aus Strafgesetzbuch und Strafprozeßordnung selber, daß mithin beide Gesetze selbständige, strafrechtliche Begriffe der Verwandtschaft und Schwägerschaft aufstellen und daß beide auch die außereheliche Verwandtschaft und Schwägerschaft der ehelichen gleichstellen. Danach enthielten materielles Strafrecht und Strafprozeßrecht *einheitliche* Verwandtschafts- und Schwägerschaftsbegriffe (vgl. Entsch. d. RG. in StS. II, 329; XII 144, 404; XIV 187; XXI 257).

Unter Verwandtschaft verstand man „die gesamte Blutsgemeinschaft, also alle diejenigen, welche eine gemeinschaftliche Abstammung haben, ohne Rücksicht darauf, ob sich die Gemeinsamkeit auf beide Erzeuger bezieht" oder nicht. Entsprechendes galt von der Schwägerschaft, da sie ja nur durch die Verwandtschaft vermittelt wird.

Mitbestimmend für diese Auffassung war der Umstand, daß in Deutschland kein einheitliches bürgerliches Recht galt, daß also, falls für die Auslegung der Begriffe Verwandtschaft und Schwägerschaft in Strafgesetzbuch und Strafprozeßordnung das bürgerliche Recht maßgebend gewesen wäre, dieselben Vorschriften dieser beiden Reichsgesetze in den verschiedenen Landesteilen eine verschiedene Bedeutung gehabt hätten.

Mit der Einführung des BGB. entfiel diese Erwägung, und es fragt sich, ob sich jetzt der Verwandtschafts- und Schwägerschaftsbegriff des Strafgesetzbuches und der Strafprozeßordnung nach bürgerlichem Recht richtet.

Für die Strafprozeßordnung — um dies vorweg zu nehmen — ist die Frage zu *bejahen*. Denn Art. 33 EG. z. BGB. bestimmt ausdrücklich, daß, soweit in der Strafprozeßordnung an die Verwandtschaft oder Schwägerschaft rechtliche Folgen geknüpft sind, die Vorschriften des BGB. über Verwandtschaft und Schwägerschaft Anwendung finden. Die Motive zu Art. 10 des Entw. z. EG. — Art. 33 des Gesetzes — bemerken dazu: „Die Feststellung, daß unter Verwandten und Verschwägerten im Sinne dieser Gesetze, nämlich der Strafprozeßordnung und der übrigen von Art. 10 (33) aufgeführten Gesetze, künftig diejenigen Personen zu verstehen seien, welche nach BGB. Verwandte oder Verschwägerte sind oder als solche gelten, ist unbedenklich und liegt im Interesse der Rechtssicherheit." Ob sie aber wirklich für die Strafprozeßordnung so unbedenklich war, wird sich unten zeigen.

Art. 33 EG. z. BGB. nennt das Strafgesetzbuch nicht. Da er eine *erschöpfende* Aufzählung der Reichsgesetze gibt, in denen der Be-

griff der Verwandtschaft und Schwägerschaft sich ohne weiteres nach dem BGB. richten soll, kann auch von seiner entsprechenden Anwendung auf das Strafgesetzbuch nicht die Rede sein. Vgl. dazu auch die Motive zu Art. 10 d. Entw. z. EG. z. BGB.: „Die Tragweite der beiden Begriffe, nämlich Verwandtschaft und Schwägerschaft, kann künftig nicht ohne weiteres nach den Vorschriften des BGB. bemessen werden. Die Reichsgesetze sind zunächst aus sich selbst auszulegen.“ Und nur wenn die Reichsgesetze selber zur Bestimmung der beiden Begriffe auf die Vorschriften des bürgerlichen Rechts verweisen, sind die Bestimmungen des BGB. darüber maßgebend. (Art. 4 EG. z. BGB.) Nun ist aber, wie schon bemerkt, gerade für das Strafgesetzbuch in ständiger Rechtsprechung unter Zustimmung der Rechtslehre festgestellt, daß dieses Reichsgesetz einen selbständigen strafrechtlichen Begriff der Verwandtschaft und Schwägerschaft aufstellt. Folglich wurde dieser Begriff durch die Einführung des BGB. in keiner Weise berührt oder geändert; die Vorschriften des BGB. finden auf ihn keine Anwendung. So insbesondere auch RG. XXXIV 419 ff.: „Der strafrechtliche Begriff der Verwandtschaft oder Schwägerschaft ist als solcher durch das BGB. nicht beseitigt.“ (Vgl. auch RG. XXXV S. 49 ff.; Olshausen, 7. Aufl. S. 222 Nr. 18; Oppenhoff, 14. Aufl. S. 146 Nr. 13; anscheinend abweichend, aber im Ergebnis doch übereinstimmend Frank, 3. und 4. Aufl. S. 89 III.)

Es steht somit für das Strafgesetzbuch nach wie vor die außereheliche Verwandtschaft grundsätzlich der ehelichen gleich. Eine Bestätigung dieser Auffassung gibt § 1310 insbesondere Abs. 3 BGB., verglichen mit § 173 StGB. Beide Paragraphen haben dieselbe Zweckbestimmung und nennen dieselben Kategorien von Personen. Beide müssen hinsichtlich der Verwandtschaft und Schwägerschaft einheitlich ausgelegt werden. Was Abs. 3 des § 1310 BGB. bestimmt und wegen § 1589 Abs. 2 BGB. auch bestimmen muß, das gilt von jeher für § 173 StGB.: die uneheliche Verwandtschaft steht der ehelichen gleich. Dies gilt aber nicht nur für § 173 StGB. sondern überhaupt, wo im Strafgesetzbuch die in § 173 aufgeführten Kategorieen von Personen genannt sind.

Wie weit geht nun aber die Gleichstellung der außerehelichen Verwandtschaft und Schwägerschaft mit der ehelichen im einzelnen? Soweit die Begriffe „Verwandte“ und „Verschwägerte“ in auf- und absteigender Linie und „Geschwister“ in Betracht kommen, ist die Gleichstellung schlechthin eine vollständige. Dies ergibt sich am besten aus § 173 StGB. Denn es ist z. B. klar, daß im Falle des Geschlechtsverkehrs miteinander nach Maßgabe des § 173 zu bestrafen sind:

der natürliche Vater und die uneheliche Tochter eines und desselben Mannes (Verwandte auf- und absteigender Linie);

die Frau eines Mannes und dessen unehelicher Sohn oder auch die Frau des natürlichen Vaters und der uneheliche Sohn eines und desselben Mannes (Verschwägerte auf- und absteigender Linie);

der uneheliche Sohn und die uneheliche Tochter eines und desselben Mannes, die von verschiedenen Müttern geboren sind (Geschwister). (Vgl. Binding, Lehrbuch des Strafrechts, Bes. Teil, II. Aufl. S. 229.)

Nur nebenbei mag hier darauf hingewiesen werden, daß auch in dieser Richtung § 1310 BGB. und § 173 StGB. übereinstimmend auszulegen sind. Es war also falsch, wenn Planck, Komm. z. BGB., 1. und 2. Aufl. Bd. 5 S. 28 Note 3 bemerkte: „Unter Abkömmlingen des unehelichen Kindes (§ 1310 Abs. 3) sind uneheliche Abkömmlinge insoweit inbegriffen, als sie mit dem unehelichen Kinde nach § 1589 BGB. verwandt sind.“ Planck hätte also die Ehe zwischen zwei Personen zugelassen, von denen der Mann der außereheliche Vater und die Frau die uneheliche Tochter eines und desselben Mannes wären, also zwischen „Großvater“ und „Enkelin“. Dies widerspricht aber direkt dem Zweck des Abs. 3 des § 1310 BGB. Es war auch von Planck insofern unfolgerichtig, als er a. a. O. die Ehe nicht zuläßt zwischen zwei unehelichen Kindern eines und desselben Mannes, die von zwei Müttern geboren sind, also bei den „Verwandten des Vaters“ den Abs. 3 des § 1310 selber zur Anwendung bringt, nicht aber bei den „Abkömmlingen des Kindes“. Richtig jetzt die 3. Auflage. (Vgl. auch Sartorius, Komm. z. PersStG. S. 254 f. und Stölzel, PersStG. S. 80 Nr. 6.)

Es ist schon oben erwähnt, daß das Strafgesetzbuch auch an das „Eltern“- und „Kind“schaftsverhältnis rechtliche Folgen knüpft. Eltern und Kinder gehören zu den Verwandten auf- und absteigender Linie. Daraus darf aber nicht geschlossen werden, daß das Gesetz in seinen einschlägigen Paragraphen — 181 Ziff. 2, 182 Abs. 2, 189 Abs. 3, 235, 237 — das außereheliche Eltern- und Kindschaftsverhältnis dem ehelichen gleichstellt. Im Gegenteil: aus der besonderen Bezeichnung ist eher auf eine abweichende Regelung in diesem Punkte zu schließen. Betrachtet man diese Bestimmungen näher, so ist den §§ 181, 182, 235 und 237 gemeinsam, daß sie neben den Eltern jeweils den Vormund nennen. Dies läßt erkennen, daß es bei ihnen nicht auf die tatsächliche Blutsgemeinschaft, sondern auf die rechtliche Seite des Eltern- und Kindesverhältnisses, auf das durch das Recht bestimmte Schutz- und Gewaltsverhältnis ankommt. Ein solches Verhältnis besteht aber nicht zwischen dem natürlichen Vater und seinem unehelichen Kinde. Folglich fallen beide im Verhältnis zueinander nicht unter die zuletzt genannten Vorschriften. So wohl auch Olshausen, wenn er a. a. O. bemerkt, und zwar zu § 181 Nr. 4 b β:

es ist gleichgültig, ob die Kinder minderjährig oder volljährig, bzw. im Verhältnis zur Mutter ehelich oder unehelich sind und zu § 182 Nr. 4 Abs. 3: „Unter Eltern sind nur die leiblichen Eltern, ausgenommen der natürliche Vater, zu verstehen." (Vgl. auch Oppenhoff S. 446 Nr. 8, S. 556 Nr. 5 und RG. III 89.)

Es decken sich also in den §§ 181, 182, 235, 237 StGB. die Begriffe Eltern und Kinder; soweit das hier allein interessierende, durch Abstammung begründete Verhältnis in Betracht kommt, mit den entsprechenden Begriffen des BGB. Das Gleiche ist wohl bei § 189 StGB. anzunehmen, und zwar auf Grund der gleichheitlichen Bezeichnung.

Oppenhoff erklärt zwar — a. a. O. S. 473 Nr. 7 —, daß unter den antragsberechtigten Kindern auch anerkannte uneheliche Kinder mitzuverstehen seien. Dabei kann er nur an die unehelichen Kinder im Verhältnis zum natürlichen Vater gedacht haben. Es ist aber nicht einzusehen, warum hier zwischen anerkannten und nicht anerkannten unehelichen Kindern unterschieden werden soll, da die Anerkennung außerhalb der Ehe nur die in § 1718 BGB. bestimmte Wirkung hat. Olshausen verweist denn auch, ohne sich näher auszusprechen, einfach auf die oben angeführte Note 4 3 zu § 182 und gibt damit zu erkennen, daß er für § 189 StGB. dem unehelichen Vater und seinem Kinde im Verhältnis zueinander das Antragsrecht nicht zugesteht.

Selbstverständlich ist es, daß der Vater für seine durch nachfolgende Ehe legitimierten oder für ehelich erklärten Kinder das Antragsrecht hat und umgekehrt. (§§ 1719, 1736 BGB.)

Aus dem bisher Gesagten drängt sich vor allem eine Folgerung auf: Nach der Strafprozeßordnung besteht nur Verwandtschaft zwischen der Mutter und ihrem unehelichen Kinde, nicht dagegen zwischen dem natürlichen Vater und dem unehelichen Kinde. Entsprechendes gilt bezüglich der Schwägerschaft. (§§ 1705, 1589 insbesondere Abs. 2, 1590 BGB.). Es macht dabei keinen Unterschied, ob die Geburt des Kindes vor oder nach Einführung des BGB. erfolgte. (Art. 208 EG. z. BGB.)

Nach dem Strafgesetzbuch dagegen besteht, soweit die Begriffe Verwandte und Verschwägerte auf- und absteigender Linie und Geschwister in Betracht kommen, Verwandtschaft sowohl zwischen Mutter und unehelichem Kind als auch zwischen Vater und unehelichem Kind und entsprechend auch Schwägerschaft. Es besteht hier also eine Verschiedenheit, ja geradezu ein Widerspruch zwischen beiden Gesetzen. Auf den ersten Blick mag dies nicht besonders bemerkenswert erscheinen, ist aber doch von großer Tragweite und führt zu bedenklichen Ergebnissen, wie sich sofort an einigen Beispielen zeigen läßt:

Mangels Verwandtschaft zwischen unehelichem Kinde und natürlichem Vater nach Strafprozeßrecht besteht kein Zeugnisverweigerungsrecht dieser Personen im Verhältnis zueinander. (§ 51 Ziff. 3 StPO.)

Wegen Verwandtschaft nach materiellem Strafrecht müssen genau dieselben Personen im Falle des Geschlechtsverkehrs miteinander gestraft werden. (§ 173 StGB. s. oben.)

Dabei kann sich die Erscheinung ergeben, daß in einem und demselben konkreten Strafverfahren dieselben Personen bald als verwandt und bald als nicht verwandt gelten, z. B. wenn in dem erwähnten Falle die uneheliche Tochter noch keine 18 Jahre alt ist. Sie erscheint dann — nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts lediglich als Objekt der Straftat aus § 173 I und muß als nicht verwandt gegen den natürlichen Vater aussagen, den im Grunde nur seine Verwandtschaft mit ihr vor Gericht gebracht hat. Ist sie schon 16 Jahre alt, muß sie ihre Aussage beeidigen.

Weitere Beispiele:

Der natürliche Vater darf sein uneheliches Kind ungestraft bestehlen (§ 247 II StGB.). Er darf aber in einem Strafverfahren gegen das Kind, namentlich auch wegen eines an ihm selber verübten Diebstahls, das Zeugnis nicht verweigern. Andererseits hängt wieder, falls das Kind ihn bestiehlt, dessen ganze Strafverfolgung von seinem freien Belieben ab. (§ 247 I StGB.)

Obwohl beide nach Strafprozeßrecht als nicht verwandt kein Zeugnisverweigerungsrecht im Verhältnis zueinander haben, besitzen sie nach §§ 52 und 54 StGB. als Verwandte auf- und absteigender Linie weitgehende Rechte zum gegenseitigen Schutz.

Diese Beispiele dürften das Unzuträgliche des Widerspruchs zwischen Strafprozeßordnung und Strafgesetzbuch genügend dartun. Der Widerspruch ist lediglich durch Art. 33 EG. z. BGB. hervorgerufen. Unsere Beispiele dürften zugleich auch gezeigt haben, daß die Vorschrift des Art. 33 für die Strafrechtspflege durchaus nicht unbedenklich und nicht im Interesse der Rechtssicherheit gelegen war.

Es erübrigt noch, festzustellen, wann uneheliche Verwandtschaft (Schwägerschaft) vorliegt.

Im Bereich der Strafprozeßordnung entscheiden über diese Frage gemäß Art. 33 EG. z. BGB. lediglich die Vorschriften des BGB., darunter namentlich auch dessen Rechtsvermutungen.

Das gleiche ist für das Strafgesetzbuch bezüglich der Begriffe „Eltern" und „Kinder" in den §§ 181, 182, 189, 235, 237 anzunehmen und zwar wegen der oben festgestellten Uebereinstimmung dieser Begriffe in den bezeichneten Stellen mit denen des BGB. Im übrigen aber beantwortet sich im Gebiete des Strafgesetzbuches die Frage nach der Ehelichkeit, bzw. Unehelichkeit der Abstammung nicht nach dem bürgerlichen Recht und seinen Rechtsvermutungen, sondern allein nach der wirklichen durch freie Beweisführung festzustellenden Sachlage.

Es gibt also nicht nur einen selbständigen strafrechtlichen Begriff der Verwandtschaft und Schwägerschaft, sondern auch einen solchen der „Unehelichkeit“ einer Abstammung. (Vgl. Binding a. a. O. S. 32, Oppenhoff und Olshausen zu § 52.)

Dies ergibt sich insbesondere aus §§ 217 und 173 StGB. Für ersteren hat das RG. I 446 schon ausdrücklich festgestellt, daß unehelich auch ein von einer Ehefrau während der Ehe aber nicht vom Ehemann empfangenes und geborenes Kind ist.

Daraus folgt die Möglichkeit eines weiteren Widerspruchs zwischen Strafprozeßordnung und Strafgesetzbuch, der das Gegenstück zu dem oben erwähnten bildet. Es können nämlich nach der Strafprozeßordnung Personen als verwandt oder verschwägert gelten, die es nach Strafgesetzbuch nicht sind. Z. B. gilt der Ehemann der Mutter als Vater des im Ehebruch erzeugten Kindes nach § 1591 BGB. und damit auch nach der Strafprozeßordnung solange, bis er die Ehelichkeit des Kindes angefochten hat. Nach Strafgesetzbuch besteht keinerlei Verwandtschaft zwischen beiden. Es ist also der Ehemann der Mutter schlechthin wegen Diebstahls zu verfolgen, wenn er das Kind bestiehlt, das Kind hat aber im Strafverfahren gegen ihn das Zeugnisverweigerungsrecht. Es wiederholt sich die Erscheinung, daß in demselben konkreten Strafverfahren dieselben zwei Personen bald nicht verwandt und bald verwandt sind.

Ein weiteres Beispiel ist folgendes: Es besteht Geschlechtsgemeinschaft zwischen dem Ehemann der Frau und deren im Ehebruch erzeugten Tochter, deren Ehelichkeit nicht angefochten ist. Der Ehemann gilt nach Strafprozeßrecht als ihr Vater, nach Strafgesetzbuch ist er das nicht, sondern lediglich mit ihr in gerader Linie „verschwägert“. Es kann also die Bestrafung nicht aus § 173 Abs. 1 StGB., sondern sie muß aus § 173 Ziff. 2 erfolgen. Die Tochter hat aber, falls sie noch nicht 18 Jahre alt ist, nicht als „Verschwägerte“, sondern als „Verwandte“ in gerader Linie das Zeugnisverweigerungsrecht.

Diese Beispiele ließen sich vermehren; auch sie zeigen das Unzuträgliche der Disharmonie zwischen Strafgesetzbuch und Strafprozeßordnung.

Gemildert wird diese Unzuträglichkeit allerdings bis zu einem gewissen Grade dadurch, daß überall da, wo im Strafgesetzbuch die Verwandtschaft oder Schwägerschaft als Tatbestandsmerkmal erscheinen — vgl. § 173 — Unkenntnis des Täters von der bestehenden außerehelichen Verwandtschaft (Schwägerschaft) oder richtiger von den sie begründenden Tatsachen den subjektiven Tatbestand ausschließt.

Andererseits tritt in den nämlichen Fällen eine Verschärfung der Gegensätze dadurch ein, daß ein Irrtum über das Bestehen der außerehelichen Verwandtschaft oder Schwägerschaft einen unbeachtlichen Irrtum über das Strafgesetz selber, nicht etwa einen zu berücksichtigenden Irrtum über ein Tatbestandsmerkmal bildet. Dies ergibt sich aus der Selbständigkeit des strafrechtlichen Begriffs der Verwandtschaft (Schwägerschaft). (Vgl. RG. XXXIV S. 419 ff.)

Der geschilderte Rechtszustand ist sicher kein angemessener, und es liegt Grund genug vor, ihn zu beseitigen. Bedauerlich ist, daß die Kommission für Reform des Strafprozesses keine dahingehenden Vorschläge gemacht hat. Eine Lösung ließe sich vielleicht finden durch Ausdehnung des Art. 33 EG. z. BGB. und damit des Grundsatzes der Nichtverwandtschaft zwischen Vater und unehelichem Kind auf das Strafgesetzbuch unter gleichzeitiger, einheitlicher Bestimmung der notwendigen Ausnahmen für Strafgesetzbuch und Strafprozeßordnung.

---

## Mitteilungen aus der Praxis.

**Was kann und soll die bayerische Gesetzgebung hinsichtlich der „Unterkautionen“ tun?** 1. Der Rechtszustand, wie er in Bayern durch die vielbesprochene Entscheidung des Obersten Landesgerichtes bezüglich der Zinsen- und Kostenkautionen geschaffen worden ist, erweckt in den beteiligten Kreisen der Bevölkerung eine begreifliche Beunruhigung. Das Millionengeschenk, welches die Uebergangsgesetzgebung, ohne es zu wollen, den bayerischen Grundbesitzern, bezw. deren Gläubigern gemacht hat, und der damit verbundene Eingriff in wohlerworbene Rechte werden als schweres Unrecht empfunden. Es erscheint selbst dem Juristen unbegreiflich, daß derjenige, welcher die meisten Schulden hat, durch einen Wechsel der Gesetzgebung eben wegen jener Schulden plötzlich in den Besitz von Vermögen gelangen soll.

Man wende nicht ein, daß auch bei Vollhypotheken und besonders bei eigentlichen Kautionshypotheken durch die Aenderung der Gesetzgebung häufig der Rang und damit der Wert der Nachhypotheken modifiziert werde. Denn bei den Vollhypotheken bestand schon nach früherem Recht bei Tilgung usw. die Möglichkeit des Rangvorbehalts oder der Rangeinräumung, mit welchen der Nachhypothekar rechnen mußte; und bei eigentlichen Kautionshypothen, z. B. Kreditkautionen, mußte der nachfolgende Hypothekgläubiger ebenfalls regelmäßig damit rechnen, daß die Kaution ausgefüllt sei oder ausgefüllt werde. Besondere Fälle, wie der Fall einer hypothekarischen Diensteskaution, spielen wirtschaftlich keine große Rolle.

Die sogenannten Unterkautionen dagegen, die wir auf jedem überhaupt belasteten Anwesen fanden, wurden praktisch bei der Berechnung eines Hypothekenranges gar nicht in Betracht gezogen. Ein Bankgeld zu 100 000 Mk. mit 10%iger Kaution bedeutete nicht einen Vorgang von 110 000 Mk., sondern nur einen solchen von 100 000 Mk.; nie wurde eine andere Zahl bei Verkauf in Rücksicht gezogen und der Bewertung zugrunde gelegt. Zinsrückstände, welche die im § 42 des bayerischen Hypothekengesetzes gezogenen Grenzen überschritten, waren ja gerade bei gut lozierten Hypotheken eine Seltenheit — ehe die Rückstände so hoch anwuchsen, kam es längst zur Gant — und die Vollstreckungskosten waren mit Rück-

sicht auf die Vollstreckbarkeit aller bayerischen Hypothekenurkunden auch meist nicht sehr bedeutend.

Nach dem Gesagten erscheint ein Eingreifen der Gesetzgebung speziell hinsichtlich der Unterkautionen als dringend wünschenswert. Ist ein solches aber auch möglich? Ich spreche hier natürlich nicht von der Reichsgesetzgebung; denn schwerlich wird sich bei den gesetzgebenden Faktoren des Reichs Geneigtheit finden, eine Frage von rein landesrechtlicher Bedeutung durch Reichsgesetz zu regeln. Fragen wir daher gleich, was der bayerische Gesetzgeber für das rechtsrheinische Bayern zu tun berechtigt ist.

2. Nach Art. 194 EG. z. BGB. kann durch Landesgesetz bestimmt werden, daß ein Gläubiger, dessen Pfandrecht zu der im Art. 192 bezeichneten Zeit besteht, die Löschung eines im Range vorgehenden oder gleichstehenden Pfandrechtes, falls dieses sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, in gleicher Weise zu verlangen berechtigt ist, wie wenn zur Sicherung des Rechts auf Löschung eine Vormerkung im Grundbuche eingetragen wäre. Legt man die Worte streng auf die Wagschale, so wäre mit dem Vorbehalt des Art. 194 für die Frage der Unterkautionen nichts anzufangen. Denn eine „Vereinigung des Pfandrechts in einer Person mit dem Eigentum" liegt eigentlich dann nicht vor, wenn eine Forderung, zu deren Sicherung das Pfandrecht dient, überhaupt nie zur Entstehung gelangt ist, oder wenn sie erfüllt wurde. Allein man wird mit Habicht (Einwirkung des BGB. usw., S. 366 Note 1, erste Auflage), um dem Sinn des Art. 194 gerecht zu werden, annehmen müssen, daß der Ausdruck „Vereinigung mit dem Eigentum" alle diejenigen Fälle umfaßt, in welchen nach neuem Recht eine Eigentümerhypothek oder -Grundschuld entstehen würde.

Es dürfte auch keinem Zweifel unterliegen, daß Art. 194 den Landesgesetzgeber nicht zwingt, wenn er von dem Vorbehalte überhaupt Gebrauch macht, alle Arten von Pfandrechten für den Fall ihrer Vereinigung mit dem Eigentume gleich zu behandeln, sondern daß er die ihm vorbehaltene Bestimmung auch nur für einzelne Arten von Pfandrechten treffen darf. So enthalten auch die Ausführungsgesetze von Württemberg (Art. 215 Abs. 2), Schaumburg-Lippe (AG. zur GBO. vom 24. März 1897, § 23) und Hessen (Art. 58 des Ges. v. 15. März 1899) einschränkende Bestimmungen.

Für Bayern ergäbe sich etwa folgende Fassung:

> Ein Gläubiger, dessen Hypothek zu der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, besteht, kann hinsichtlich der seiner Hypothek im Rang vorgehenden oder gleichstehenden hypothekarischen Unterkautionen, falls dieselben sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigen, die Löschung in gleicher Weise verlangen, wie wenn zur Sicherung des Rechts auf Löschung eine Vormerkung im Grundbuche eingetragen wäre.
>
> Unter hypothekarischen Unterkautionen im Sinne dieses Gesetzes versteht man solche hypothekarische Kautionen, welche vor der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, im Gleichrang mit einer anderen Hypothek zur Sicherung für die im § 43 des bayerischen Hypothekengesetzes bezeichneten Zinsen und Kosten oder für andere Nebenforderungen der Haupt-Hypothek eingetragen wurden.

3. Für diejenigen Bezirke Bayerns, in welchen das Grundbuch bereits für angelegt erklärt ist, erhebt sich nun die weitere Frage, ob auch nach Anlegung des Grundbuchs die Erlassung eines Landesgesetzes gemäß Art. 194 EG. noch zulässig ist und wie weit einem neuen zu schaffenden Gesetze rückwirkende Kraft verliehen werden kann und soll. Daß an sich ein Gesetz mit rückwirkender Kraft zu wünschen wäre, ergibt sich schon aus den allgemeinen Ausführungen sub 1. Die Eigentümerhypotheken, welche aus den Unterkautionen entstanden sind und die schon jetzt in großer Menge erfolgten Pfändungen zukünftiger Eigentümerhypotheken sind, rein wirtschaftlich betrachtet, jedenfalls keine „wohlerworbenen Rechte", welche der Gesetzgeber, zumal wenn er rasch eingreift, zu schonen moralisch verpflichtet wäre. Was die Zulässigkeit anbetrifft, so läßt sich zunächst aus den Bestimmungen des Art. 194 nicht entnehmen, daß die Erlassung des dort vorgesehenen Landesgesetzes nur vor Anlegung des Grundbuches erlaubt wäre. Es liegt ja nahe zu sagen, eine Kautionshypothek des alten Rechtes sei nach Art. 192 EG. zu einer Sicherungshypothek des neuen Rechtes geworden, unbelastet mit dem Löschungsanspruch, wie ihn Art. 194 vorsieht; also könne ein später erlassenes Gesetz in dieses wohlerworbene Recht nicht eingreifen. Allein ein gegenwärtiges Recht des Eigentümers liegt ja hier noch gar nicht vor; es handelt sich nur um die Möglichkeit eines zukünftigen Rechtes, und der Gesetzgeber, welcher gerade bei den hypothekenrechtlichen Uebergangsbestimmungen manch wohlerworbenes Recht in bewußter Weise zerstört hat, wird gewiß nicht beabsichtigt haben, schon solche Möglichkeiten zukünftiger Rechte unbedingt zu schonen.

Wohl aber wird die Landesgesetzgebung, soweit sie erst nach Anlegung des Grundbuchs eingreift, sich gewisse Beschränkungen auferlegen müssen. Schon der Wortlaut des Art. 194 ergibt, daß der Gesetzgeber sich den Löschungsanspruch stets als vor der Vereinigung des Pfandrechts mit dem Eigentum entstanden gedacht hat. Die Verpflichtung zur Löschung ist eine obligatio ex lege, mit welcher der dingliche Schuldner einer dem Gläubiger zustehenden Hypothek belastet wird; denn unter dem „im Range vorgehenden oder gleichstehenden Pfandrecht" des Art. 194 kann nur ein Gläubigerpfandrecht gemeint sein. Da jene Obligation durch das zu erlassende Landesgesetz erst geschaffen wird, so kann letzteres nur solche Pfandrechte treffen, welche bei Inkrafttreten des Gesetzes noch einem Gläubiger zustehen, mit dem Eigentum noch nicht in einer Person vereinigt sind. In gleicher Weise geht ja die allgemeine Meinung dahin, daß die bereits vor Grundbuchanlegung nach früheren Partikularrechten entstandenen Eigentümerhypotheken durch Art. 194 nicht berührt werden können.

Ein nach Art. 194 erlassenes Landesgesetz schafft aber nicht nur einen Löschungsanspruch, sondern sichert ihn auch durch eine gesetzlich fingierte Vormerkung. Würde sich nun ein nach Anlegung des Grundbuches erlassenes Landesgesetz auch auf bereits entstandene Eigentümerhypotheken beziehen können, so müßte auch dem gutgläubigen Erwerber einer solchen Eigentümerhypothek gegenüber der gesetzliche Löschungsanspruch wirken. Dies würde aber dem Wesen der Vormerkung widersprechen, welche erst von der Eintragung ab gegen zukünftigen gutgläubigen Erwerb zu schützen

vermag; da hier an Stelle der Eintragung das die Fiktion enthaltende Landesgesetz tritt, so kann erst von Geltung des Gesetzes ab der Schutz gegen gutgläubigen Erwerb eintreten.

Hiernach müßte das Gesetz etwa folgenden dritten Absatz erhalten:

> Für diejenigen Bezirke, in welchen das Grundbuch bei Inkrafttreten dieses Gesetzes bereits für angelegt erklärt ist, gelten die vorstehenden Bestimmungen nicht hinsichtlich solcher Unterkautionen, welche sich vor Inkrafttreten dieses Gesetzes bereits mit dem Eigentum in einer Person vereinigt haben.

4. Die im vorstehenden gegebenen Gesetzesvorschläge werden inhaltlich kaum einer weiteren Erläuterung bedürfen. Selbstverständlich werden auch im Falle des dritten Absatzes nur solche Hypotheken geschützt, welche bereits bei Grundbuchanlegung bestanden, mögen sie auch später umgewandelt oder nach § 1180 BGB. verändert worden sein; daß anderseits etwa nach diesem Zeitpunkte noch begründete Zinsen- und Kostenkautionen — dieselben dürften kaum mehr vorkommen — durch das Gesetz nicht berührt werden, ist durch Absatz 2 meines Vorschlages klargestellt.

Nicht zu schützen ist der ältere Hypothekgläubiger nach der Reichsgesetzgebung gegen die Umwandlung einer Unterkaution in eine andere Hypothek, etwa eine Verkehrshypothek oder in eine Grundschuld gemäß §§ 1186, 1198 BGB. Ist aber das Landesgesetz erlassen, so entsteht auch nach erfolgter Umwandlung der Löschungsanspruch gegen den Eigentümer.

Die Möglichkeit der Hypothekumwandlung zeigt, daß sich keineswegs alle Mißstände, welche das System der Unterkautionen mit sich bringt, durch Landesgesetz beseitigen lassen. Allein das Mögliche sollte doch versucht werden. Als man sich in Bayern entschloß, von dem Vorbehalte des Art. 194 lediglich für den im Art. 59 des Uebergangsgesetzes vom 9. Juni 1899 normierten Fall Gebrauch zu machen, hat man offenbar mit den Unterkautionen nicht gerechnet; in den Materialien werden sie nicht erwähnt. Jetzt aber muß damit gerechnet werden. Noch ist in einem großen Teile Bayerns das Grundbuch nicht für angelegt erklärt; wo dies kürzlich erst geschehen ist, kommt ein Landesgesetz noch nicht zu spät. Aber allzu lange sollte man im Interesse des Hypothekenkredits nicht mehr warten.

Rechtsanwalt Dr. Friedländer in München.

---

Anm. des Herausgebers. Wir haben diesen Ausführungen die Spalten unserer Zeitschrift geöffnet, weil wir es für im allgemeinen Interesse gelegen erachten, daß die wichtige Frage der Zinsen- und Kostenkautionen nach jeder Richtung zur Besprechung gelangt. Wir können uns indessen mit dem Inhalt der Ausführungen nicht völlig einverstanden erklären. Zu Nr. 1 möchten wir nur bemerken, daß die praktische Tragweite des Beschlusses des Obersten Landesgerichts vom 23. Juni 1905 doch wohl etwas überschätzt wird. Die Praxis wird in dieser Beziehung voraussichtlich bald läuternd wirken.

Unzutreffend erscheint uns aber die Ansicht, daß für die Bezirke, in denen das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, im Wege der Landesgesetzgebung Vorschriften erlassen werden können, durch die in Ansehung der Zinsen- und Kostenkautionen die Eigentümerhypothek ganz oder teilweise ausgeschlossen wird. Das bayerische Ausführungsgesetz und das Uebergangsgesetz haben von der im Art. 194 des EG. z. BGB. der Landesgesetzgebung eingeräumten Befugnis nur in Ansehung der Rangeinräumungsverzichte (Art. 59 des UeG.), sonst aber keinen Gebrauch gemacht. Es kann zunächst unerörtert bleiben, ob durch eine dem Vorbehalt des Art. 194 des EG. z. BGB. entsprechende allgemeine landesgesetzliche Vorschrift alle Schwierigkeiten bezüglich der Eigentümerhypothekfähigkeit der Zinsen- und Kostenkautionen aus dem Wege geschafft würden. Aber soviel ist sicher, daß mangels einer dem Art. 194 entsprechenden landesgesetzlichen Ueberleitungsvorschrift auf Grund des Art. 192 Abs. 1 Satz 2 des EG. z. BGB., also kraft des Reichsrechts alle Hypotheken des bisherigen Rechtes, bei denen der Betrag der Forderung nicht bestimmt ist — hierzu gehören die Hypotheken für Zinsen- und Kostenkautionen — mit dem Zeitpunkt, in dem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, vorbehaltlos in Sicherungshypotheken des BGB. umgewandelt worden sind, auf welche die Vorschriften des BGB. über die Eigentümerhypothek Anwendung finden. Eine nachträgliche Abschwächung der durch die reichsgesetzliche Ueberleitung eingetretenen Wirkungen im Wege der Landesgesetzgebung ist ausgeschlossen, weil die Befugnis der Landesgesetzgebung zur Ueberleitung des bisherigen Rechtes innerhalb der im Einführungsgesetze gezogenen Grenzen nur insolange besteht, als nicht die reichsgesetzliche Ueberleitung in Kraft getreten ist. Der Art. 194 gewährt der Landesgesetzgebung nur die Befugnis, eine Ueberleitungsvorschrift zu erlassen, nicht aber die Befugnis, das auf Grund des Art. 192 vorbehaltlos in Kraft getretene Reichsrecht nachträglich abzuändern.

**Nebenintervention und Zwischenurteil.** Die Witwe Barbara W. lebt mit einem Sohne Sebastian W. und zwei Töchtern Maria und Margarethe W., alle großjährig, in fortgesetzter Gütergemeinschaft. Zum Gesamtgute gehört eine Wiese, bei deren Bewirtschaftung der die landwirtschaftlichen Arbeiten besorgende Sebastian W. ein Fahrtrecht über die Wiese des A. ausübt. Am 1. März 1903 erhob A. Klage zum Amtsgerichte G. gegen die Witwe Barbara W. auf Unterlassung des Fahrens und Anerkennung des Nichtbestehens eines Fahrtrechts und gegen Sebastian W. auf Unterlassung des Fahrens. Nach Beweisaufnahme wurde am 9. Februar 1904 in Gegenwart des A., der Barbara W. und des Sebastian W. folgender Vergleich protokolliert:

I. A. räumt den Beklagten für jedes zweite Jahr ein Fahrtrecht über seine Wiese ein. II. Die Beklagten nehmen dieses Anerbieten an. III. Barbara W. verpflichtet sich, die Genehmigung ihrer übrigen Kinder innerhalb vier Wochen beizubringen. IV. Die Kosten werden gegen einander aufgehoben.

Am 7. März 1904 lief folgendes Schreiben beim Amtsgerichte G. ein: „In der Klagesache des Bauers A. gegen Barbara W. erheben die unterfertigten Töchter der Witwe W. Einspruch gegen den im Februar 1904 geschlossenen Vergleich, wenn er nicht in der Weise geändert wird, daß das Fahrtrecht alljährlich ausgeübt werden darf. Maria W. Margarethe W." Dieses Schreiben leitete der Prozeßrichter an die Absenderinnen mit dem Beifügen zurück, daß die Anberaumung eines Termins abgelehnt werde, weil die Eingabe keine Ladung des Gegners enthalte. Unter diese Verfügung setzten Maria und Margarethe W. die Erklärung, sie hielten ihren Einspruch aufrecht mit der Bitte, den A. zu einem Verhandlungstermin laden zu lassen; sie seien der Ansicht gewesen, daß nach ihrer ursprünglichen Erklärung die Ladung



des A. ohne Antrag erfolgen werde. Nun setzte der Prozeßrichter in Sachen A. gegen Barbara und Sebastian W. wegen Fahrtrechts Verhandlungstermin auf 1. Mai 1904 an. Im Termine erschienen A., Sebastian W. und dessen Schwestern Maria und Margarethe W. Das Protokoll enthält nur die Konstatierung, daß die Verhandlung der Sache auf Antrag des Sebastian, der Maria und der Margarethe W. auf den 24. Mai 1904 vertagt wurde. Letzterer Termin wurde alsbald auf Ersuchen der Maria und der Margarethe W. aufgehoben und ohne Anhörung des Klägers und der Beklagten auf den 24. Oktober 1904 verlegt; diese Verfügung wurde dem A., der Barbara W. und dem Sebastian W. von Amts wegen zugestellt. Als die Sache A. gegen W. wegen Fahrtrechts am 24. Oktober 1904 aufgerufen wurde, war nur der Kläger mit seinem Anwalte anwesend und letzterer beantragte Abweisung des Einspruchs der Maria und der Margarethe W. Das Gericht erließ daraufhin ein Zwischenurteil, welches den Antrag auf Abweisung des Einspruchs der Maria und Margarethe W. gegen den Vergleich abwies. Dieses Erkenntnis wurde damit begründet, daß 1. der Rechtssatz, wonach bei allgemeiner Gütergemeinschaft der Ehemann, sohin bei fortgesetzter Gütergemeinschaft der überlebende Ehegatte zu Rechtsgeschäften der fraglichen Art (d. i. Vergleich über Grunddienstbarkeiten) die übrigen Anteilsberechtigten nicht zuzuziehen brauche, durch Ziff. III des Vergleichs keine Aenderung habe erfahren können, jedenfalls die beiden Töchter Maria und Margarethe W. aus diesem Vergleichspassus keine Rechte für sich ableiten könnten, der Einspruch der Töchter sohin eine unbegründete Bestreitung des für den Kläger aus dem Vergleiche entspringenden Rechtes darstelle, daß aber 2. diese Bestreitung keine tatsächliche Ungewißheit und Gefährdung dieses klägerischen Rechts bewirke, auch nicht prozessual, da ja die Einspruchserklärung keinen bestimmten Antrag enthalte, der klägerische Antrag daher mangels eines Rechtsschutzbedürfnisses gegenüber diesen außerhalb des Prozesses stehenden Personen zurückzuweisen sei und zwar auf Grund der §§ 274 und 303 ZPO. durch Zwischenurteil. — Dieses Erkenntnis stellte der klägerische Anwalt der Maria und der Margarethe W. zu, legte Berufung ein, lud die genannten Personen zur Verhandlung über die Berufung und beantragte, unter Aufhebung des Zwischenurteils auf Zurückweisung des Einspruchs zu erkennen. Nun bestellten Marie und Margarethe W. einen Anwalt und dieser stellte den Antrag auf Verwerfung der Berufung. Das Berufungsgericht erkannte auf Verwerfung der Berufung aus folgenden Gründen: Kläger sei, nachdem er infolge unrichtigen Vorgehens des Erstrichters zu dem Termin vom 24. Oktober 1904 geladen worden sei, auch zu einer Antragstellung berechtigt gewesen; sein Antrag habe eine Entscheidung im Versäumnisverfahren nicht bezweckt und mangels Ladung der Töchter in der Richtung gegen diese auch gar nicht bezielen können, vielmehr eine Zurückweisung des Einspruchs wegen mangelnder Sachlegitimation angestrebt, daher sei trotz Ausbleibens der Gegenpartei über diesen Antrag durch kontradiktorisches Endurteil zu entscheiden gewesen; die Bezeichnung „Zwischenurteil“ sei irrtümlich, materiell liege ein mit Berufung anfechtbares Endurteil vor; die Berufung sei jedoch unbegründet, denn die Töchter W. hätten mit ihrem sog. Einspruch kein ihnen zustehendes Recht geltend machen, sondern nur die Nichterteilung der ihnen vorbehaltenen Vergleichsgenehmigung dem Gerichte mitteilen wollen, sie seien sofort wieder aus dem Prozesse ausgeschieden, zumal sie nicht einmal Nebenintervenienten sein könnten, ihr sog. Einspruch sei überhaupt keine prozessuale Handlung, weshalb der dagegen ankämpfende klägerische Antrag habe abgewiesen werden müssen.

Man wird dem landgerichtlichen Urteile darin beistimmen müssen, daß es die erstrichterliche Entscheidung für materiell richtig erklärt, dagegen dürfte seine Begründung ebensowenig Zustimmung finden, wie das von ihm mit Recht abfällig kritisierte amtsgerichtliche Erkenntnis. Es soll hier auf die Frage, ob die Nichtgenehmigung des Vergleichs seitens der Töchter diesen aus der Welt schaffen konnte oder wie sich die Rechtslage zwischen den Parteien nunmehr gestaltete, wie überhaupt auf die Bedeutung der Ziff. III des Vergleichs nicht eingegangen, sondern nur die Rolle besprochen werden, welche der sog. Einspruch und die Personen, von denen er ausging, prozessual im amtsgerichtlichen Verfahren spielten. Soviel steht trotz der Ausführungen des Berufungsgerichts wohl fest, daß die Töchter W. mit Abgabe ihres sog. Einspruchs nicht sofort wieder aus dem Prozesse ausschieden, denn der Erstrichter hat ja selbst dafür gesorgt, daß ein Ausscheiden nicht stattfand; weil er übersah, daß das sog. Einspruchsschriftstück nicht von der beklagten Partei, sondern von dritten, der beklagten Partei nur nahestehenden Personen ausging, veranlaßte er diese dritten Personen so, wie wenn sie die beklagte Partei wären, den Rechtsstreit fortzuführen, während er den sog. Einspruch einfach zu den Akten legen und den weiteren Prozeßbetrieb seitens der Prozeßparteien hätte abwarten sollen. Tatsächlich haben die Töchter W. nicht nur die Anberaumung eines Verhandlungstermins und die Bewirkung von Ladungen veranlaßt, sie sind auch im Termine am 1. Mai 1904 neben Sebastian W. aufgetreten und haben gemeinsam mit diesem Vertagungsantrag gestellt, ohne daß die Klagspartei gegen diese Beteiligung der Maria und der Margarethe W. Einwendungen erhoben hätte. Diesen Vorgang läßt das Berufungsgericht m. E. zu Unrecht unbeachtet. Die Töchter W. haben durch ihr Vorgehen ihr Interesse an dem Siege der beklagten Partei und ihre Absicht, dieser unterstützend beizutreten, unzweideutig bekundet, sie taten also — wenn auch ohne Kenntnis und ohne Beachtung der formellen Vorschriften — durch schlüssige Handlungen alles, was zu einer Nebenintervention im Sinne des § 66 ZPO. erfordert wird. Dadurch, daß die Klagspartei es unterließ, die Nichtbeachtung der in § 70 ZPO. vorgeschriebenen Form zu rügen, verzichtete sie gemäß § 295 ZPO. auf die Beobachtung jener Form, und da sie auch unterließ, die Zulässigkeit der Nebenintervention zu bestreiten und einen Antrag auf deren Zurückweisung zu stellen, waren Maria und Margarethe W. bis auf weiteres in der Lage, Prozeßhandlungen wirksam vorzunehmen, die nicht mit der Tätigkeit der beklagten Partei in Widerspruch standen (§ 67 a. a. O.) und das Amtsgericht konnte über ihre Anträge beschließen, insbesondere auch die eine weitere Terminsverlegung bezielende Eingabe verbescheiden, wie wenn sie von der beklagten Partei selbst ausgegangen wäre. Das landgerichtliche Urteil sagt zwar so nebenbei, die Töchter könnten nicht Nebenintervenienten sein, allein auch wenn Seufferts Kommentar

zur ZPO. (8. Aufl. S. 109, Anm. 2 lit. c. unter α zu § 66) nicht ausdrücklich bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft jedem anteilsberechtigten Abkömmling das Recht zur Nebenintervention in den Prozessen des überlebenden Elternteils zuspräche, müßten schon die Bestimmungen der §§ 794 und 795 mit 745 ZPO. zu gegenteiliger Anschauung führen. — Als am 24. Oktober 1904 weder die beklagte Partei noch die Töchter W. zur Verhandlung erschienen, waren nur die Voraussetzungen für ein Versäumnisurteil in der Richtung gegen Barbara und Sebastian W. gegeben, die Klagspartei hätte sich auf den Standpunkt stellen können, der Rechtsstreit sei infolge Scheiterns des versuchten Vergleichs in den früheren Stand zurückversetzt, und hätte dementsprechend Verurteilung der Beklagten im Sinne ihres ursprünglichen Klageantrags verlangen können. Statt dessen stellte sie einen Antrag, der sich zwar formell gegen die beiden Nebenintervenienten richtete, in Hinsicht auf diese aber nicht den einzig möglichen Inhalt im Sinne des § 71 CPO. hatte, vielmehr eine materielle, von dem ursprünglichen Klagsantrag abweichende Entscheidung des zwischen den ursprünglichen Prozeßparteien bestehenden, infolge des sog. Vergleichswiderrufs zweifelhaft gewordenen Rechtsverhältnisses anstrebte. Dieser in Wahrheit die Erlassung eines Versäumnisurteils gegen die beklagte Partei bezielende Antrag war gemäß §§ 335 Ziff. 3, 336 ZPO. durch Beschluß zurückzuweisen. Stellte sich dagegen der Erstrichter auf den m. E. unrichtigen Standpunkt, den die Klagspartei auch in der Berufungsinstanz noch einnahm, und sah er den klägerischen Antrag als auch materiell nur gegen die Töchter W. gerichtet an, so hätte er erst recht weder Versäumnis- noch Endurteil noch Zwischenurteil (die §§ 274 und 303 ZPO. treffen nicht zu) erlassen können, sodaß auch diesfalls nur beschlußmäßige Abweisung des klägerischen Antrags möglich gewesen wäre.

III. Staatsanwalt Hartung in Fürth.

**Weiterveräußerung auf Abzahlung gekaufter Gegenstände.** Der Abzahlungsgeschäftsinhaber X. hatte an den Taglöhner A., der mit der Näherin B. im Konkubinat lebte, ein Bild im Werte von 9 Mk. unter den üblichen Bedingungen (vgl. § 455 BGB.) verkauft. Bevor das Bild vollständig abgezahlt war, verkaufte die B., welche von dem Eigentumsvorbehalt und der Unvollständigkeit der Abzahlung Kenntnis hatte, in Abwesenheit und ohne den Willen des A. das Bild mit gleichzeitiger Uebergabe unter der falschen Vorspiegelung, es sei ihr unbeschränktes Eigentum, an die C. weiter. Die B. wurde von dem Abzahlungsgeschäftsinhaber wegen Unterschlagung, von der C. wegen Betrugs angezeigt, weil X. das Bild als sein Eigentum von der C. zurückgefordert und sie nur durch die falschen Vorspiegelungen der B. zum Abschluß des Kaufvertrages veranlaßt worden sei. Wie ist die Handlung der B. zu qualifizieren? Lediglich als Unterschlagung, nicht auch als Betrug! Die C. erlangte gemäß § 932 BGB. das Eigentum an dem Bild, weil sie bei dem Erwerbe des Glaubens war, daß B., die zur Zeit der Veräußerung das Bild in Händen und in Mitgewahrsam (tatsächlicher Gewalt) hatte, die Eigentümerin sei. Der § 935 BGB. steht nicht im Wege, obwohl die B. sich des Vergehens der Unterschlagung schuldig gemacht hat. Das Bild ist dem Eigentümer weder gestohlen noch verloren gegangen noch sonst „abhanden" gekommen. Eigentümer ist zur Zeit des Verkaufs seitens der B. der Abzahlungsgeschäftsinhaber X. (Planck Note 2 zu § 455 und Note 2 zu § 158 BGB.). Daß dem X. das Bild nicht gestohlen oder verloren gegangen ist, bedarf weiter keiner Ausführung. Als abhanden gekommen im Sinne des § 935 BGB. ist eine Sache unter Berücksichtigung der Besitzesterminologie des BGB. dann anzusehen, wenn der unmittelbare Besitzer ohne seinen Willen den Besitz verlor (Planck Note 2 zu § 935 BGB.). X. verlor den unmittelbaren Besitz an dem Bilde sicher nicht ohne seinen Willen; denn er hat den Besitz durch ausdrückliches Rechtsgeschäft aufgegeben. — Wenn nun C. Eigentümerin des Bildes geworden ist, so kann sie die Herausgabe des Bildes dem X. gegenüber verweigern und ist durch die falschen Vorspiegelungen der B. nicht geschädigt. Gibt sie das Bild trotzdem dem X. heraus, so ist sie das Opfer eines Rechtsirrtums, und es hat ihr Schaden seinen Grund wieder nicht in den falschen Vorspiegelungen der B. Geschädigt ist allerdings der Abzahlungsgeschäftsinhaber, aber schon durch den betätigten Veräußerungswillen der B. (Unterschlagung). Die falschen Vorspiegelungen der B. sind für den Schaden des X. in keiner Weise kausal.

II. Staatsanwalt Dr. Haberstumpf in München.

**Zur Auslegung der Art. 83, 84 UeG.** Gegenüber der auf S. 334 und neuerlich auf S. 428 dieser Ztschr. vertretenen Meinung, daß ein Miterbe durch seinen Einspruch die Geltendmachung der Ausgleichung hindern könne, muß auf die Entscheidung des Obersten Landesgerichts vom 20. Februar 1903 (n. S. Bd. 4 S. 171) verwiesen werden. Dort ist mit durchschlagenden Gründen die Unrichtigkeit dieser Ansicht dargetan.

Landgerichtsrat Neumiller in München.

# Aus der Praxis der Gerichte.

## Reichsgericht.

### A. Zivilsachen.

I.

**Zu §§ 833, 254 BGB.** Der Kläger fuhr mit dem K. am 19. Juli 1903 auf einem Wagen von E. nach Z. Der Wagen war mit einem Pferde bespannt, das von K. geleitet wurde. Unterwegs lösten sich die Stränge, mit denen das Pferd am Ortscheite befestigt war. Der Kläger sprang vom Wagen, der von K. angehalten wurde, ab, um die Stränge zu befestigen, und stützte sich dabei mit der einen Hand auf den Wagen, mit der anderen Hand auf das Pferd. Das Pferd, durch die unerwartete Berührung erschreckt, schlug mit den Hinterbeinen aus u. traf den Kläger derart, daß er einen Bruch des rechten Unterarmes erlitt. Das Pferd stand im Eigentum der Ehefrau K., war aber dem Beklagten zur dauernden Benutzung in seinem Geschäftsbetrieb überlassen worden. Der Ehemann K. war Geschäftsführer des Beklagten und hatte als solcher die Wartung und Pflege des Pferdes zu besorgen. Kläger verlangt von dem Beklagten die Zahlung einer vierteljährlichen Rente von 360 Mk. Das Oberlandesgericht hat die Entscheidung zum Grund der Sache von zwei Eiden des Klägers abhängig gemacht. Dagegen hat der Beklagte Revision eingelegt.

Aus den Gründen: Die Ausführungen des Berufungsgerichtes darüber, daß der Kläger durch das Pferd verletzt worden sei (Kausalzusammenhang), stehen im Einklange mit der Rechtsprechung des RG. (v. E. Bd. 50 S. 180, Bd. 54 S. 73, 408; JW. 1905 S. 174[16] u. 318[7]). Das Berufungsgericht hat ferner angenommen, daß der Beklagte das Pferd zur Zeit des Unfalls im Sinne des § 833 BGB. gehalten habe; der Beklagte sei unmittelbarer Besitzer des Pferdes gewesen, während der Ehemann K. nur die Stellung eines sog. Besitzdieners gehabt habe. Auch in dieser Richtung sind die Ausführungen des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden. Endlich hat das Berufungsgericht geprüft, ob bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Klägers mitgewirkt habe, das die Anwendung des § 254 BGB. rechtfertige. In dieser Hinsicht sind die Ausführungen des Berufungsgerichtes zu beanstanden. Daß das Pferd ausschlage, wenn es unerwartet berührt und dadurch erschreckt werde, konnte der Kläger als möglich voraussehen. Bei Kutschern mag es üblich sein, so, wie Kläger es tat, vom Wagen abzuspringen; allein das Berufungsgericht hat nicht berücksichtigt, daß ein Kutscher sein Pferd kennt, und daß dem Pferde die Hand des Kutschers vertraut ist. Entscheidend war übrigens für das Berufungsgericht die Erwägung, daß der Kläger im Beisein des K. mit dessen Vorwissen vom Wagen abgestiegen sei, daher hätte erwarten dürfen, auf die Untugend des Ausschlagens aufmerksam gemacht zu werden. Bei dieser Erwägung hat aber das Berufungsgericht nicht den gesamten Inhalt der Verhandlung und des Ergebnisses der Beweisaufnahme berücksichtigt (§ 286 ZPO.) .... Das Berufungsurteil war deshalb aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen. (Urt. IV 98/05 v. 29. Juni 05). Kr.

II.

**Zu § 833 BGB.** Am 13. Oktober 1903 kam der Kutscher J. auf dem Güterbahnhofe zu W., als er dort mit dem Aufladen eines Fasses auf einen Wagen seines Dienstherrn beschäftigt war, dadurch zu Schaden, daß zwei vor einen beladenen Wagen des Beklagten S. gespannte Pferde führerlos daherrannten und mit dem Pferde des J. zusammenstießen. J. fiel zu Boden und wurde sowohl durch einen Tritt seines Pferdes als auch durch die Räder der beiden Wagen verletzt. Die zur Tragung der Kosten der Heilung des J. und zur Zahlung einer Rente verpflichtete Berufsgenossenschaft verlangte von S. Erstattung ihrer bisherigen Auslagen für J. und Erstattung der künftig an J. zu zahlenden Renten unter Berufung auf § 833 des BGB. Es wurde festgestellt, daß die Pferde des Beklagten durch einen schrillen Pfiff einer nächst dem Wagen des S. stehenden Lokomotive und durch gleichzeitiges Ablassen von Dampf erschreckt worden und deshalb durchgegangen sind; die Klage wurde vom Landgericht abgewiesen, weil auf diesen Sachverhalt der § 833 des BGB. keine Anwendung finde. Das Oberlandesgericht erkannte auf Berufung der Klägerin den Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt und verwies die Sache zur Entscheidung über die Höhe des Anspruchs und die Kosten an das Landgericht zurück. Die vom Beklagten gegen dieses Urteil eingelegte Revision wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Der Verletzte hat zwar von dem Pferde seines eigenen Dienstherrn den Tritt erhalten; der Tritt war aber eine Folge des Stoßes, der von den Pferden des Beklagten ausging, und die Verletzung durch diesen Tritt ein durch jenen Stoß verursachter mittelbarer Schaden, für den der Beklagte zu haften hat. Der Beklagte bestritt seine Haftung, weil seine Pferde infolge des Pfiffes der Lokomotive und des Ablassens von Dampf, also infolge einer äußeren Einwirkung, der sie nicht widerstehen konnten, scheu geworden seien; jedoch mit Unrecht. Die Voraussetzungen des § 833 BGB. sind zwar dann nicht gegeben, wenn ein äußeres Ereignis auf den Körper oder die Sinne des Tieres mit einer Gewalt einwirkte, der das Tier nach physiologischen Gesetzen nicht widerstehen konnte; aber Vorkommnisse des gewöhnlichen Verkehrs sind keinesfalls für derartige Einwirkungen zu halten, und zwar auch dann nicht, wenn sie ein willkürliches Tun des Tieres deshalb zur Folge hatten, weil das Tier, sei es wegen der Art seiner Gattung, sei es wegen eines Fehlers, besonders empfänglich für äußere Anregungen war. Daß auf einem Güterbahnhofe die Pfeife der Lokomotive ertönt und plötzlich Dampf abgelassen wird, kommt alltäglich vor und ist eine Begebenheit, mit der jeder Geschirrführer zu rechnen hat. Scheut ein Pferd vor solchen Geräuschen, so folgt es dem tierischen Trieb, und richtet es dann Schaden an, so liegt ein Fall vor, für den § 833 des BGB. recht eigentlich bestimmt ist. (Urt. d. 4. ZS. v. 6. Juli 1905, IV, 107/05). Kr.

III.

**Zu § 2067 BGB.** Die im Jahre 1903 in B. verstorbene B. hatte in einem im Jahre 1894 errichteten Testamente die bei ihrem Tode vorhandenen nächsten Verwandten ihres Pflegevaters zu Erben eingesetzt. Unter Berufung auf § 2067 BGB. beanspruchten zwei Großnichten des Pflegevaters der Erblasserin einen Teil der Erbschaft. Der Anspruch wurde von den fünf vorhandenen Nichten des Pflegevaters der Erblasserin bestritten. Das Berufungsgericht wies die auf Feststellung des Erbrechts der beiden Großnichten gerichtete Klage ab. Es führte aus, daß § 2067 BGB. ebenso wie das preuß. Landrecht, unter dessen Herrschaft das Testament errichtet wurde, eine Regelung nur für den Fall getroffen habe, daß ein Erblasser seine eigenen Verwandten zu Erben berufen habe. Die Nähe der Verwandtschaft sei deshalb in Fällen der vorliegenden Art, wenn sich ein anderer Wille des Erblassers wie hier nicht feststellen lasse, nach der Zahl der sie vermittelnden Geburten zu bestimmen. Die Klägerinnen seien hiernach nicht zur Erbschaft berufen. Die Revision rügte, wenn auch § 2067 BGB. auf den vorliegenden Fall nicht unmittelbar Anwendung finde, so sei doch der in dieser Vorschrift zum Ausdruck gebrachte Auslegungsgrundsatz so lange wenigstens analog zur Anwendung zu bringen, als nicht der Wortlaut der Bestimmungen und die sonstigen Umstände zwingende Gründe für eine andere Auslegung böten. Das Reichsgericht wies die Revision zurück.

Aus den Gründen: Ob die Auslegung eines vor dem Inkrafttreten des BGB. errichteten Testaments nach den Vorschriften des bisherigen oder nach den Vorschriften des neuen Rechts zu erfolgen hat (RG. Bd. 59 S. 33) kann dahin gestellt bleiben, da, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, diese Vorschriften, soweit sie hier in Betracht kommen, nicht voneinander abweichen. Die Revision geht davon aus, daß § 2067 BGB. zur Anwendung komme. Sie verkennt jedoch diese Bestimmung, wenn sie meint, die in § 2067 enthaltene Vorschrift sei so lange zur Anwendung zu bringen, als nicht zwingende Gründe für eine andere Auslegung beständen. Wenn der wirkliche Wille des Erblassers zweifelsfrei sich ermitteln läßt, bleibt § 2067 außer Anwendung. Abgesehen hiervon hat das Berufungsgericht aber auch mit Recht angenommen, in § 2067 sei für den Fall, daß der Erblasser nicht seine eigenen Verwandten, sondern die Verwandten oder die nächsten Verwandten eines Dritten bedenkt, keine Bestimmung getroffen. In der Begründung zu § 1771 Entwurf I ist hervorgehoben, daß die Vorschrift in der Beschränkung auf die Verwandten des Erblassers die Wahrscheinlichkeit für sich habe (Motive 5 S. 36). Für die Zuwendung an die

zur ZPO. (8. Aufl. S. 109, Anm. 2 lit. c. unter « zu § 66) nicht ausdrücklich bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft jedem anteilsberechtigten Abkömmling das Recht zur Nebenintervention in den Prozessen des überlebenden Elternteils zuspräche, müßten schon die Bestimmungen der §§ 794 und 795 mit 745 ZPO. zu gegenteiliger Anschauung führen. — Als am 24. Oktober 1904 weder die beklagte Partei noch die Töchter W. zur Verhandlung erschienen, waren nur die Voraussetzungen für ein Versäumnisurteil in der Richtung gegen Barbara und Sebastian W. gegeben, die Klagspartei hätte sich auf den Standpunkt stellen können, der Rechtsstreit sei infolge Scheiterns des versuchten Vergleichs in den früheren Stand zurückversetzt, und hätte dementsprechend Verurteilung der Beklagten im Sinne ihres ursprünglichen Klageantrags verlangen können. Statt dessen stellte sie einen Antrag, der sich zwar formell gegen die beiden Nebenintervenienten richtete, in Hinsicht auf diese aber nicht den einzig möglichen Inhalt im Sinne des § 71 CPO. hatte, vielmehr eine materielle, von dem ursprünglichen Klagsantrag abweichende Entscheidung des zwischen den ursprünglichen Prozeßparteien bestehenden, infolge des sog. Vergleichswiderrufs zweifelhaft gewordenen Rechtsverhältnisses anstrebte. Dieser in Wahrheit die Erlassung eines Versäumnisurteils gegen die beklagte Partei bezielende Antrag war gemäß §§ 335 Ziff. 3, 336 ZPO. durch Beschluß zurückzuweisen. Stellte sich dagegen der Erstrichter auf den m. E. unrichtigen Standpunkt, den die Klagspartei auch in der Berufungsinstanz noch einnahm, und sah er den klägerischen Antrag als auch materiell nur gegen die Töchter W. gerichtet an, so hätte er erst recht weder Versäumnis- noch Endurteil noch Zwischenurteil (die §§ 274 und 303 ZPO. treffen nicht zu) erlassen können, sodaß auch diesfalls nur beschlußmäßige Abweisung des klägerischen Antrags möglich gewesen wäre.

III. Staatsanwalt Hartung in Fürth.

**Weiterveräußerung auf Abzahlung gekaufter Gegenstände.** Der Abzahlungsgeschäftsinhaber X. hatte an den Taglöhner A., der mit der Näherin B. im Konkubinat lebte, ein Bild im Werte von 9 Mk. unter den üblichen Bedingungen (vgl. § 455 BGB.) verkauft. Bevor das Bild vollständig abgezahlt war, verkaufte die B., welche von dem Eigentumsvorbehalt und der Unvollständigkeit der Abzahlung Kenntnis hatte, in Abwesenheit und ohne den Willen des A. das Bild mit gleichzeitiger Uebergabe unter der falschen Vorspiegelung, es sei ihr unbeschränktes Eigentum, an die C. weiter. Die B. wurde von dem Abzahlungsgeschäftsinhaber wegen Unterschlagung, von der C. wegen Betrugs angezeigt, weil X. das Bild als sein Eigentum von der C. zurückgefordert und sie nur durch die falschen Vorspiegelungen der B. zum Abschluß des Kaufvertrages veranlaßt worden sei. Wie ist die Handlung der B. zu qualifizieren? Lediglich als Unterschlagung, nicht auch als Betrug! Die C. erlangte gemäß § 932 BGB. das Eigentum an dem Bild, weil sie bei dem Erwerbe des Glaubens war, daß B., die zur Zeit der Veräußerung das Bild in Händen und in Mitgewahrsam (tatsächlicher Gewalt) hatte, die Eigentümerin sei. Der § 935 BGB. steht nicht im Wege, obwohl die B. sich des Vergehens der Unterschlagung schuldig gemacht hat. Das Bild ist dem Eigentümer weder gestohlen noch verloren gegangen noch sonst „abhanden“ gekommen. Eigentümer ist zur Zeit des Verkaufs seitens der B. der Abzahlungsgeschäftsinhaber X. (Planck Note 2 zu § 455 und Note 2 zu § 158 BGB.). Daß dem X. das Bild nicht gestohlen oder verloren gegangen ist, bedarf weiter keiner Ausführung. Als abhanden gekommen im Sinne des § 935 BGB. ist eine Sache unter Berücksichtigung der Besitzesterminologie des BGB. dann anzusehen, wenn der unmittelbare Besitzer ohne seinen Willen den Besitz verlor (Planck Note 2 zu § 935 BGB.). X. verlor den unmittelbaren Besitz an dem Bilde sicher nicht ohne seinen Willen; denn er hat den Besitz durch ausdrückliches Rechtsgeschäft aufgegeben. — Wenn nun C. Eigentümerin des Bildes geworden ist, so kann sie die Herausgabe des Bildes dem X. gegenüber verweigern und ist durch die falschen Vorspiegelungen der B. nicht geschädigt. Gibt sie das Bild trotzdem dem X. heraus, so ist sie das Opfer eines Rechtsirrtums, und es hat ihr Schaden seinen Grund wieder nicht in den falschen Vorspiegelungen der B. Geschädigt ist allerdings der Abzahlungsgeschäftsinhaber, aber schon durch den betätigten Veräußerungswillen der B. (Unterschlagung). Die falschen Vorspiegelungen der B. sind für den Schaden des X. in keiner Weise kausal.

II. Staatsanwalt Dr. Haberstumpf in München.

**Zur Auslegung der Art. 83, 84 NeG.** Gegenüber der auf S. 334 und neuerlich auf S. 428 dieser Zeitschr. vertretenen Meinung, daß ein Miterbe durch seinen Einspruch die Geltendmachung der Ausgleichung hindern könne, muß auf die Entscheidung des Obersten Landesgerichts vom 20. Februar 1903 (n. S. Bd. 4 S. 171 verwiesen werden. Dort ist mit durchschlagenden Gründen die Unrichtigkeit dieser Ansicht dargetan.

Landgerichtsrat Neumiller in München.

# Aus der Praxis der Gerichte.

## Reichsgericht.

### A. Zivilsachen.

I.

**Zu §§ 833, 254 BGB.** Der Kläger fuhr mit dem K. am 19. Juli 1903 auf einem Wagen von G. nach Z. Der Wagen war mit einem Pferde bespannt, das von K. geleitet wurde. Unterwegs lösten sich die Stränge, mit denen das Pferd am Ortscheite befestigt war. Der Kläger sprang vom Wagen, der von K. angehalten wurde, ab, um die Stränge zu befestigen, und stützte sich dabei mit der einen Hand auf den Wagen, mit der anderen Hand auf das Pferd. Das Pferd, durch die unerwartete Berührung erschreckt, schlug mit den Hinterbeinen aus u. traf den Kläger derart, daß er einen Bruch des rechten Unterarmes erlitt. Das Pferd stand im Eigentum der Ehefrau K., war aber dem Beklagten zur dauernden Benutzung in seinem Geschäftsbetrieb überlassen worden. Der Ehemann K. war Geschäftsführer des Beklagten und hatte als solcher die Wartung und Pflege des Pferdes zu besorgen. Kläger verlangt von dem Beklagten die Zahlung einer vierteljährlichen Rente von 360 Mk. Das Oberlandesgericht hat die Entscheidung zum Grund der Sache von zwei Eiden des Klägers abhängig gemacht. Dagegen hat der Beklagte Revision eingelegt.

Aus den Gründen: Die Ausführungen des Berufungsgerichtes darüber, daß der Kläger durch das Pferd verletzt worden sei (Kausalzusammenhang), stehen im Einklange mit der Rechtsprechung des RG. (v. E. Bd. 50 S. 180, Bd. 54 S. 73, 408; JW. 1905 S. 174[16] u. 318[5]). Das Berufungsgericht hat ferner angenommen, daß der Beklagte das Pferd zur Zeit des Unfalls im Sinne des § 833 BGB. gehalten habe; der Beklagte sei unmittelbarer Besitzer des Pferdes gewesen, während der Ehemann K. nur die Stellung eines sog. Besitzdieners gehabt habe. Auch in dieser Richtung sind die Ausführungen des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden. Endlich hat das Berufungsgericht geprüft, ob bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Klägers mitgewirkt habe, das die Anwendung des § 254 BGB. rechtfertige. In dieser Hinsicht sind die Ausführungen des Berufungsgerichtes zu beanstanden. Daß das Pferd ausschlage, wenn es unerwartet berührt und dadurch erschreckt werde, konnte der Kläger als möglich voraussehen. Bei Kutschern mag es üblich sein, so, wie Kläger es tat, vom Wagen abzuspringen; allein das Berufungsgericht hat nicht berücksichtigt, daß ein Kutscher sein Pferd kennt, und daß dem Pferde die Hand des Kutschers vertraut ist. Entscheidend war übrigens für das Berufungsgericht die Erwägung, daß der Kläger im Beisein des K. mit dessen Vorwissen vom Wagen abgestiegen sei, daher hätte erwarten dürfen, auf die Untugend des Ausschlagens aufmerksam gemacht zu werden. Bei dieser Erwägung hat aber das Berufungsgericht nicht den gesamten Inhalt der Verhandlung und des Ergebnisses der Beweisaufnahme berücksichtigt (§ 286 ZPO.) .... Das Berufungsurteil war deshalb aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen. (Urt. IV 98/05 v. 29. Juni 05). Kr.

II.

**Zu § 833 BGB.** Am 13. Oktober 1903 kam der Kutscher J. auf dem Güterbahnhofe zu W., als er dort mit dem Aufladen eines Fasses auf einen Wagen seines Dienstherrn beschäftigt war, dadurch zu Schaden, daß zwei vor einen beladenen Wagen des Beklagten S. gespannte Pferde führerlos daherrannten und mit dem Pferde des J. zusammenstießen. J. fiel zu Boden und wurde sowohl durch einen Tritt seines Pferdes als auch durch die Räder der beiden Wagen verletzt. Die zur Tragung der Kosten der Heilung des J. und zur Zahlung einer Rente verpflichtete Berufsgenossenschaft verlangte von S. Erstattung ihrer bisherigen Auslagen für J. und Erstattung der künftig an J. zu zahlenden Renten unter Berufung auf § 833 des BGB. Es wurde festgestellt, daß die Pferde des Beklagten durch einen schrillen Pfiff einer nächst dem Wagen des S. stehenden Lokomotive und durch gleichzeitiges Ablassen von Dampf erschreckt worden und deshalb durchgegangen sind; die Klage wurde vom Landgericht abgewiesen, weil auf diesen Sachverhalt der § 833 des BGB. keine Anwendung finde. Das Oberlandesgericht erkannte auf Berufung der Klägerin den Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt und verwies die Sache zur Entscheidung über die Höhe des Anspruchs und die Kosten an das Landgericht zurück. Die vom Beklagten gegen dieses Urteil eingelegte Revision wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Der Verletzte hat zwar von dem Pferde seines eigenen Dienstherrn den Tritt erhalten; der Tritt war aber eine Folge des Stoßes, der von den Pferden des Beklagten ausging, und die Verletzung durch diesen Tritt ein durch jenen Stoß verursachter mittelbarer Schaden, für den der Beklagte zu haften hat. Der Beklagte bestritt seine Haftung, weil seine Pferde infolge des Pfiffes der Lokomotive und des Ablassens von Dampf, also infolge einer äußeren Einwirkung, der sie nicht widerstehen konnten, scheu geworden seien; jedoch mit Unrecht. Die Voraussetzungen des § 833 BGB. sind zwar dann nicht gegeben, wenn ein äußeres Ereignis auf den Körper oder die Sinne des Tieres mit einer Gewalt einwirkte, der das Tier nach physiologischen Gesetzen nicht widerstehen konnte; aber Vorkommnisse des gewöhnlichen Verkehrs sind keinesfalls für derartige Einwirkungen zu halten, und zwar auch dann nicht, wenn sie ein willkürliches Tun des Tieres deshalb zur Folge hatten, weil das Tier, sei es wegen der Art seiner Gattung, sei es wegen eines Fehlers, besonders empfänglich für äußere Anregungen war. Daß auf einem Güterbahnhofe die Pfeife der Lokomotive ertönt und plötzlich Dampf abgelassen wird, kommt alltäglich vor und ist eine Begebenheit, mit der jeder Geschirrführer zu rechnen hat. Scheut ein Pferd vor solchen Geräuschen, so folgt es dem tierischen Trieb, und richtet es dann Schaden an, so liegt ein Fall vor, für den § 833 des BGB. recht eigentlich bestimmt ist. (Urt. d. 4. ZS. v. 6. Juli 1905, IV, 107/05). Kr.

III.

**Zu § 2067 BGB.** Die im Jahre 1903 in B. verstorbene B. hatte in einem im Jahre 1894 errichteten Testamente die bei ihrem Tode vorhandenen nächsten Verwandten ihres Pflegevaters zu Erben eingesetzt. Unter Berufung auf § 2067 BGB. beanspruchten zwei Großnichten des Pflegevaters der Erblasserin einen Teil der Erbschaft. Der Anspruch wurde von den fünf vorhandenen Nichten des Pflegevaters der Erblasserin bestritten. Das Berufungsgericht wies die auf Feststellung des Erbrechts der beiden Großnichten gerichtete Klage ab. Es führte aus, daß § 2067 BGB. ebenso wie das preuß. Landrecht, unter dessen Herrschaft das Testament errichtet wurde, eine Regelung nur für den Fall getroffen habe, daß ein Erblasser seine eigenen Verwandten zu Erben berufen habe. Die Nähe der Verwandtschaft sei deshalb in Fällen der vorliegenden Art, wenn sich ein anderer Wille des Erblassers wie hier nicht feststellen lasse, nach der Zahl der sie vermittelnden Geburten zu bestimmen. Die Klägerinnen seien hiernach nicht zur Erbschaft berufen. Die Revision rügte, wenn auch § 2067 BGB. auf den vorliegenden Fall nicht unmittelbar Anwendung finde, so sei doch der in dieser Vorschrift zum Ausdruck gebrachte Auslegungsgrundsatz so lange wenigstens analog zur Anwendung zu bringen, als nicht der Wortlaut der Bestimmungen und die sonstigen Umstände zwingende Gründe für eine andere Auslegung böten. Das Reichsgericht wies die Revision zurück.

Aus den Gründen: Ob die Auslegung eines vor dem Inkrafttreten des BGB. errichteten Testaments nach den Vorschriften des bisherigen oder nach den Vorschriften des neuen Rechts zu erfolgen hat (RG. Bd. 59 S. 33) kann dahin gestellt bleiben, da, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, diese Vorschriften, soweit sie hier in Betracht kommen, nicht voneinander abweichen. Die Revision geht davon aus, daß § 2067 BGB. zur Anwendung komme. Sie verkennt jedoch diese Bestimmung, wenn sie meint, die in § 2067 enthaltene Vorschrift sei so lange zur Anwendung zu bringen, als nicht zwingende Gründe für eine andere Auslegung beständen. Wenn der wirkliche Wille des Erblassers zweifelsfrei sich ermitteln läßt, bleibt § 2067 außer Anwendung. Abgesehen hiervon hat das Berufungsgericht aber auch mit Recht angenommen, in § 2067 sei für den Fall, daß der Erblasser nicht seine eigenen Verwandten, sondern die Verwandten oder die nächsten Verwandten eines Dritten bedenkt, keine Bestimmung getroffen. In der Begründung zu § 1771 Entwurf I ist hervorgehoben, daß die Vorschrift in der Beschränkung auf die Verwandten des Erblassers die Wahrscheinlichkeit für sich habe (Motive 5 S. 36). Für die Zuwendung an die

Verwandten oder die nächsten Verwandten eines Dritten ist keine Regel gegeben, die Ausdehnung der Vorschriften der §§ 2068, 2069 auf die „Kinder“ und die „Abkömmlinge“ eines Dritten ist sogar ausdrücklich abgelehnt worden (Kommissions-Protokolle Bd. 5 S. 33 bis 35); insoweit sollte alles der freien richterlichen Auslegung überlassen sein. Eine Ausdehnung der Vorschrift des § 2067 auf Zuwendungen zugunsten der Verwandten eines Dritten erscheint daher ausgeschlossen. (Urt. d. IV. ZS. v. 10. Juli 1905). — ch.

IV.

**Zu §§ 3 ff., 546, 554a ZPO.** Die Klage des Erstehers 1. auf Nichtbestehen einer Forderung auf dem ersteigerten Grundstück, 2. auf deren Löschung kann nicht zu doppeltem Betrage bewertet werden.

Gründe: Die Zulässigkeit der Revision war, da das Berufungsurteil am 7. Juli 1905 verkündet worden ist, nach Maßgabe der ZP.-Nov. vom 5. Juni 1905 zu prüfen. Nach dieser erweist sich die Revision als unzulässig, da der Wert des Beschwerdegegenstandes den Betrag von 2500 Mk. nicht erreicht, geschweige denn übersteigt. Denn dadurch, daß der Kl. sowohl von der persönlichen wie von der dinglichen Haftung frei werden will und demgemäß die beiden ersten Klageanträge gestellt hat, verdoppelt sich nicht der Wert des Streitgegenstandes. Er verdoppelt sich hier ebensowenig wie in dem Falle, daß der Gläubiger eine ihm zustehende hypothekarische Forderung in derselben Klage als persönliche und als dingliche geltend macht. Als Wert des Streitgegenstandes und als Wert des Beschwerdegegenstandes kann daher für die beiden ersten Klageanträge nur der einmalige Betrag von 1933,53 Mk. zum Ansatz kommen, wozu nur noch 126,81 Mk. für den dritten Klagantrag zu rechnen sind. (Beschluß V 483/05 vom 18. Oktober 1905). — — — r.

V.

**Zu §§ 404, 892 BGB., § 407 I 11 PrLR.** Der Zessionar braucht sich eine nicht eingetragene ihm unbekannte Stundungsbewilligung des Zedenten, die ihn als persönlichen Gläubiger bindet, als dinglicher Gläubiger nicht entgegensetzen zu lassen.

Gründe: Der Berufungsrichter hat übersehen, daß die Klage in zweiter Instanz zur dinglichen erweitert worden ist und daß er diese Erweiterung zugelassen hat. Für die dingliche Klage erheischt der Einwand des Bekl. eine andere rechtliche Beurteilung, weil Klägerin in abgetretenen Rechten steht. Es ist zwar nicht festgestellt, ob die Uebertragung der Hypothek an die Klägerin vor oder nach dem 1. Januar 1900 erfolgt ist, wovon die Rechtsanwendung abhängt (RG. in ZS. 47 229), aber beide in Frage kommenden Rechte stimmen überein. Denn sowohl nach § 38 Abs. 2 des PrEigErwG. wie nach §§ 892 und 1138 BGB. in Verbindung mit Art. 192 EG. z. BGB. braucht sich die Klägerin den Einwand, bezüglich dessen nunmehr der bekl. Ehemann zum Eide zugelassen ist, da dieser Einwand aus dem Grundbuche nicht hervorgeht, nur dann entgegensetzen zu lassen, wenn er ihr beim Erwerbe der Hypothek (Zession) bekannt war. Dies hat der Berufungsrichter nicht festgestellt, und deshalb ist die Revisionsbeschwerde der Klägerin darüber, daß sie für den Fall der Eidesleistung des Bekl. (über die Stundungsabrede) mit der Klage überhaupt, also auch mit der dinglichen Klage abgewiesen worden ist, begründet. (Urt. V 64/05 v. 30. September 1905.) — — — r.

---

B. Strafsachen.

I.

**Zu § 267 StGB.** Ist eine Urkunde dadurch falsch angefertigt, daß ihr durch Beifügung der Unterschrift eines Dritten der Schein verliehen ist, als ob sie von dem Dritten herrühre, so ist die bloße Hoffnung des Täters, der Dritte werde durch seine nachträgliche Einwilligung den von ihm geschaffenen Zustand zu einem rechtsgültigen und begründeten machen, nicht geeignet, an der Widerrechtlichkeit dieses Zustandes etwas zu ändern. Die Strafbestimmungen der §§ 267 ff. StGB. schützen nicht nur das Recht des Namensträgers gegen den Mißbrauch seiner Unterschrift, sie bezwecken vielmehr allgemein den Schutz des Rechtsverkehrs gegen die Gefahr der Herstellung falschen urkundlichen Beweises. Nur dann, wenn der Täter in einem nach § 59 StGB. beachtlichen Rechtsirrtum befangen gewesen war, daß die von ihm in Erwartung der Genehmigung des Dritten beigefügte Unterschrift seines Namens dieselbe zivilrechtliche Wirkung habe, wie eine von dem Dritten eigenhändig oder auf Grund einer Vollmacht in seinem Namen vollzogene Unterschrift, könnte die rechtswidrige Absicht des Täters für ausgeschlossen erachtet werden. (Urt. des I. Straf-S. vom 25. September 1905). K.

II.

**Umfang der jagdpolizeilichen Vorschriften der bayer. statusmäßigen Forstschutzbediensteten.** Der Forstaufseher W. war auf einem Spaziergang im Staatswalde, seinem besonderen Schutzbezirke, begriffen; er schöpfte Verdacht, daß in dem angrenzenden Privatwalde soeben eine Rehgais erlegt worden sei und wollte nach Ueberschreiten der Grenze den Rucksack eines Jägers untersuchen; dabei wurde ihm Widerstand geleistet.

Aus den Gründen: Gemäß § 45 der vom bayer. Finanzministerium im Einverständnisse mit dem Ministerium des Innern aufgestellten Dienstesvorschriften für die statusmäßigen Forstschutzbediensteten (Forstwarte, Forstgehilfen und Forstaufseher) vom 19. Juli 1886 (Fin.-Min.-Bl. S. 271) haben diese Bediensteten nicht nur die innerhalb ihres speziellen Schutzbezirks entdeckten, sondern auch die in anderen Schutzbezirken wahrgenommenen Jagdfrevel nach Maßgabe der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen anzuzeigen, und es liegt ihnen außer anderen besonders angeführten, den Forst- und Jagdschutz betreffenden Aufgaben „im übrigen“, ob „nach Maßgabe der jagdgesetzlichen Bestimmungen und der bezüglichen Vollzugsvorschriften zur Verhinderung, Entdeckung und Bestrafung aller Jagdfrevel und sonstigen Jagdexzesse möglichst mitzuwirken“. Hiernach steht außer Zweifel, daß namentlich durch die auf strafrechtliche Verfolgung von Uebertretungen jagdpolizeilicher Vorschriften abzielende amtliche Tätigkeit diese Schutzbediensteten nicht ausschließlich auf den ihnen besonders zugewiesenen Schutzbezirk beschränkt sind. Im vorliegenden Falle war der Forstaufseher W., indem er innerhalb des Forstamtsbezirks, in welchem er angestellt ist, zu einer die Verfolgung einer Uebertretung jagdpolizeilicher Vorschriften bezweckenden Amtshandlung schritt, nicht nur sachlich, sondern auch örtlich zuständig. Der Umstand, daß W. sich vorher nur zu einem Spaziergange im Staatswalde aufgehalten hatte, ist ohne Bedeutung, da er jederzeit seine dienstliche Tätigkeit als Forstaufseher aufnehmen konnte und dies auch getan hat. W. war aber auch als Hilfsbeamter der Staatsanwaltschaft unter den sonstigen Voraussetzungen des § 105 StPO. zur Vornahme der Durchsuchung als solcher befugt. Durch § 1 der auf Grund des § 153 GVG. erlassenen allerh. Verord. v. 31. Mai 1879 (Ges. u. VBl. S. 1157) sind als Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft bezeichnet: „Bezüglich der Jagdvergehen und der Uebertretungen jagdpolizeilicher Vorschriften alle in den besonderen Forstgesetzen als Hilfsorgane zur Handhabung der Forstpolizei bezeichneten Bediensteten“ und nach Art. 115 des bayer. Forstgesetzes v. $\frac{\text{28. März 1852}}{\text{17. Juni 1896}}$ sind solche Hilfsorgane: „alle

im niederen Forstdienste überhaupt oder zum Forstschutze insbesondere aufgestellten Diener des Staates". Daß zu diesen die Kgl. Forstaufseher gehören, bedarf keiner weiteren Ausführung. (Urt. des I. Straf-S. v. 3. Juli 1905.) B.

III.

**Ist zur Klärung von Wein die Verwendung einer mittels Weinsteinsäure hergestellten Lösung von Hausenblase zulässig?** (§ 3 Abs. I Ziff. 5, § 2 Ziff. 1 des Weingesetzes vom 24. Mai 1879).

Aus den Gründen: Durch § 3 Abs. I Ziff. 5 des Weingesetzes vom 24. Mai 1901 ist die gewerbsmäßige Herstellung von Wein unter Verwendung von Säuren und säurehaltigen Stoffen, insbesondere von Weinstein und Weinsteinsäure verboten. Unter den Begriff „Herstellung" fällt jede Tätigkeit, welche bezweckt, aus dem Traubensaft das fertige im Sinne des § 1 des genannten Gesetzes als Wein zu erachtende Getränk zu machen, also insbesondere auch jedes Klärungsverfahren. Durch § 2 Ziff. 1 des Weingesetzes ist als Verfälschung oder Nachmachung von Wein im Sinne des § 10 des Nahrungsmittelgesetzes vom 14. Mai 1879 nicht anzusehen die anerkannte Kellerbehandlung einschließlich der Haltbarmachung des Weins, auch wenn dabei Alkohol oder geringe Mengen von mechanisch wirkenden Klärungsmitteln (Eiweiß, Gelatine, Hausenblase u. dgl.), von Tannin, Kohlensäure, schwefliger Säure und daraus entstehender Schwefelsäure in den Wein gelangen. Als „anerkannte Kellerbehandlung" im Sinne dieser Gesetzesstelle kann aber keinesfalls die Verwendung von Stoffen zugelassen werden, die unter das Verbot des § 3 Abs. I des Gesetzes fallen, soweit nicht diese Stoffe in § 2 Ziff. 1 innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Kellerwirtschaft ausdrücklich für zulässig erklärt sind (Entsch. Bd. 35 S. 169, 174). Diese ausnahmsweise Zulassung ist bestimmt begrenzt und trifft auf Weinsteinsäure nicht zu. Daraus ergibt sich notwendig, daß die Verwendung von Weinsteinsäure bei Herstellung von Wein schlechthin ausgeschlossen ist, sohin auch dann, wenn sie nur im Klärungsverfahren dazu dienen soll, die als Klärungsmittel gesetzlich zugelassene Hausenblase leichter und besser in Lösung zu bringen; denn bei diesem Verfahren gelangt die Weinsteinsäure als solche in den Wein, und es kann nicht von Belang sein, daß es bei entsprechendem Verfahren nur in verschwindend kleiner Menge geschieht. Die Meinung des Erstrichters, es liege im gegebenen Falle die „Herstellung von Wein" unter Verwendung von Weinsteinsäure nicht vor, weil mit dieser nur die Hausenblase aufgelöst und „die Substanz des Weines selbst nicht verändert worden sei, insbesondere von einer Aufbesserung eines unverdünnten Weines durch Säure, welche das Gesetz verbieten wolle, nicht die Rede sein könne," leidet sohin an einer irrigen Anwendung des Begriffs „Herstellung" und ist nicht zutreffend. Eben weil das Gesetz es verhindern will, daß bei Herstellung von Wein unter Verwendung von Weinsteinsäure der Säuregehalt künstlich erhöht werde, stellt es das unbedingte Verbot auf, die gewerbsmäßige Herstellung von Wein unter Verwendung von Weinsteinsäure vorzunehmen, weil die Zulassung irgendwelcher Verwendungsweise die Gefahr der Vereitelung jenes Zwecks des Gesetzes notwendig in sich schließen würde. Auf einem vom Angeklagten zu vertretenden Irrtum über das Strafgesetz beruht es deshalb auch, wenn der Angeklagte, wie der Erstrichter annimmt, das von ihm eingeschlagene Verfahren nicht für rechtswidrig gehalten hat, und auf der gleichen rechtsirrtümlichen Grundlage steht die Feststellung des Erstrichters, der Angeklagte habe keinesfalls das Bewußtsein gehabt, daß er unter Verwendung von Weinsteinsäure Wein herstelle. (Urt. des I. Strafsen. v. 2. Oktober 1905.) B.

## Oberstes Landesgericht.

### A. Zivilsachen.

**Kann der Magistrat der Haupt- und Residenzstadt München auch nach dem Zeitpunkte, in dem das Grundbuch für angelegt erklärt wurde, über die vor diesem Zeitpunkte verwaisten Ewiggelder verfügen?** Der Magistrat hat bei dem Grundbuchamte des Amtsgerichts München I Abt. A f. Z.-S. den Antrag gestellt, ihm die Einsicht derjenigen Blätter des alten Münchener Grundbuchs zu gestatten, auf denen Ewiggelder eingetragen sind und zur Begründung des Antrags unter Bezugnahme auf Auer, Stadtrecht von München, Einleitung S. CLXXXVI ff., Tinsch, Stadtrecht von München S. 50 ff. angeführt, es stehe ihm auf Grund eines Herkommens die Befugnis zu, Ewiggelder, für die der Giltherr nicht zu ermitteln sei (sogenannte verwaiste Ewiggelder), einer örtlichen Stiftung unter Vorbehalt der Rechte des Giltherrn, falls dieser sich noch melden sollte, zu überweisen. Der Antrag ist von dem Grundbuchamte, die Beschwerde des Magistrates von dem Landgerichte München I zurückgewiesen, weil, abgesehen davon, ob das behauptete Gewohnheitsrecht bestanden habe, das alte Grundbuch nunmehr zusammen mit dem Hypothekenbuche als Grundbuch im Sinne des BGB. gelte, deshalb die Vorschriften über die Einsicht des Grundbuches des neuen Rechtes maßgebend und § 11 GBO. sowohl als § 535 Ziff. 3 der Dienstanweisung für die Grundbuchämter i. d. L. r. d. Rhs. dahin auszulegen seien, daß nur die Einsicht bestimmter vom Antragsteller bezeichneter Grundbuchblätter, nicht die des Grundbuchs überhaupt gestattet werden könne. Auf die weitere Beschwerde des Magistrates wurde die Entscheidung des Landgerichtes aufrechterhalten, und zwar aus folgenden materiellrechtlichen Gründen: Das Gewohnheitsrecht, auf das der Magistrat sich beruft, hatte nach den Darlegungen der oben genannten Schriftsteller nicht den Inhalt, daß die Stadtgemeinde ein Recht an den verwaisten Ewiggeldern erwarb, sondern es enthielt nur den Rechtssatz, daß solche Ewiggelder zur Verstärkung des Vermögens örtlicher Stiftungen dienen sollen und die Bestimmung der Stiftung, der das Ewiggeld im einzelnen Falle zufallen soll, dem Magistrate zustehe. Von einem Anspruche des Magistrats im privatrechtlichen Sinne, von einem Rechte, von dem unbekannten Berechtigten oder von dem Eigentümer des belasteten Grundstücks die Einwilligung in die Verfügung zu verlangen, kann nicht die Rede sein; der Magistrat leitete sein Verfügungsrecht nicht aus der Einwilligung des unbekannten Berechtigten oder des Eigentümers sondern unmittelbar aus dem Rechtssatz ab, der es ihm einräumte. Daß der Berechtigte sich nicht mehr ermitteln ließ, wurde seit der Einführung des Hypothekengesetzes, wie die bei Tinsch a. a. O. S. 52 aus den magistratischen Akten angeführten Beschlüsse des Magistrats und des vormaligen Stadtgerichts München entnehmen lassen, in einem Aufgebotsverfahren festgestellt, auf das die Vorschriften des § 82 des Hypothekengesetzes entsprechend angewendet wurden (vgl. auch Roth-Becher, Bayer. Zivilrecht, 2. Aufl. Bd. 2 Abt. 1 S. 182). Aus einer Sachlage, die den Antrag auf Erlassung des Aufgebots zu begründen vermochte, ergab sich nur die rechtliche Möglichkeit, daß es zu der Feststellung der Unbekanntheit des Berechtigten und infolgedessen zur Ausübung der dem Magistrat in diesem Falle zustehenden Verfügungsbefugnis kommen werde. Wäre das Aufgebotsverfahren, wie der Magistrat geltend macht, nicht erforderlich gewesen, so würde die Unbekanntheit des Berechtigten allein gleichfalls nur die Möglichkeit geboten haben, von dem die Verfügungsbefugnis gewährenden Rechtssatze Gebrauch zu machen, die Eintragung im alten Grundbuche wurde nicht schon dadurch unrichtig, daß der Berechtigte unbekannt geworden war. Diese Möglich-

keit ist mit der nach Art. 47 des Gesetzes vom 9. Juni 1899, Uebergangsvorschriften zum BGB. betr., am 1. Mai 1905 eingetretenen Umwandlung der Ewiggelder in Rentenschulden (§ 1199 mit 1203 BGB.) hinweggefallen. Für die Rentenschulden gelten ausschließlich die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, der gewohnheitsrechtliche Rechtssatz, der die Zuwendung an eine örtliche Stiftung ermöglichte, ist im Art. 47 UeG. nicht vorbehalten worden, eine Rentenschuld, deren Gläubiger unbekannt ist, wird nach Maßgabe des § 1170 BGB., wenn der Gläubiger im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte ausgeschlossen ist, von dem Eigentümer des belasteten Grundstücks erworben, gleichviel, ob die Voraussetzungen für den Antrag auf Erlassung des Aufgebots erst seit dem 1. Mai 1905 eingetreten sind oder schon vor diesem Tage vorhanden waren. Auf den von den Vorinstanzen für die Ablehnung des Antrags angegebenen Grund (zu vgl. Neue Samml. v. Entsch. d. OLG. Bd. 1 S. 400) brauchte nicht eingegangen zu werden. (Beschl. Ferien-Z.-S. Reg. III 51/1905 vom 9. September 1905.)

Mitgeteilt von E. Yblagger, Rat am Obersten Landesgerichte.

## B. Strafsachen.

### I.

**Zu § 366 Nr. 9 StGB.**[1]) Der Eigentümer eines Grundstücks, auf welches ein an der Grenze vorbeiführender öffentlicher Fußsteig in den 70er Jahren dadurch gedrängt worden war, daß der Eigentümer des auf der anderen Seite anstoßenden Anwesens einen Zaun zu weit in den Fußsteig hineingesetzt hatte, hat, um sein Eigentum zu wahren und zu bekunden, daß der öffentliche Weg zu Unrecht auf seinem Eigentum laufe, im September 1904 an der ursprünglichen Grenze des Fußsteiges und seines Anwesens einen Zaun errichtet. Dieser Zaun, durch welchen der freie Verkehr auf dem Fußsteige fast unterbunden wurde, sollte eine dauernde Anlage zur Sicherung und Wahrung seines Eigentums sein. Das Schöffengericht hat den Angeklagten wegen einer Uebertretung nach § 366 Nr. 9 StGB. verurteilt, das Berufungsgericht hat aber auf Freisprechung erkannt, weil § 366 Nr. 9 StGB. nur bewegliche Gegenstände im Auge habe, der mit dem Boden in bleibender Verbindung gebrachte Pfahlzaun aber kein solcher sei. Das Oberste Landesgericht hat die staatsanwaltschaftliche Revision am 27. September 1905 zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Nach § 366 Nr. 9 StGB. wird bestraft, wer auf öffentlichen Wegen usw. Gegenstände, durch welche der freie Verkehr gehindert wird, aufstellt, hinlegt oder liegen läßt. Unter „Gegenständen" sind nach gewöhnlichem Sprachgebrauche bewegliche und unbewegliche Sachen zu verstehen und das StGB. spricht auch an anderer Stelle (§ 304) von „Gegenständen", unter denen es bewegliche oder unbewegliche versteht. Ebensowenig kann das Wort „aufstellen" für sich allein eine genügende Grundlage für richtige Auslegung bieten, da man auch von Aufstellen unbeweglicher Gegenstände sprechen kann. Wenn jedoch im Gesetze von Gegenständen die Rede ist, die aufgestellt, hingelegt oder liegen gelassen werden, so spricht schon diese Zusammenstellung dafür, daß unter diesen Gegenständen nur bewegliche gemeint sein können. Daß die Fassung des § 366 Nr. 9 StGB. für diese Auslegung spricht, konnte dem Gesetzgeber nicht entgehen, und es wäre deshalb, wenn unter dem Worte „aufstellen" auch unbewegliche Gegenstände hätten getroffen werden sollen, geboten gewesen, dies im Gesetze zum Ausdruck zu bringen. Die gleiche Ausdrucksweise findet sich auch in einem anderen Gesetze. Art. 153 des bayer. PStGB. vom 10. November 1861, welcher durch § 366 Nr. 9 und 10 des StGB. ersetzt ist, verbietet, auf öffentlichen Plätzen u. s. w. Fuhrwerke, Bau- oder Arbeitsstoffe, Geräte, Waren, Schutt, Dünger oder andere den Verkehr störende Gegenstände aufzustellen oder niederzulegen. Diese Fassung zeigt, daß nur vom Aufstellen beweglicher Gegenstände gesprochen werden wollte. Die Auslegung, welche § 366 Nr. 9 StGB. durch das Berufungsgericht erfahren hat, ist sonach mit den allgemein anerkannten Auslegungsregeln wohl vereinbar (s. die Kommentare von Olshausen, Oppenhof, Frank zum StGB.; Riedel, PStGB., Aufl. 6 S. 274; Reger, PStGB., Aufl. 3 S. 127 Anm. 11 sowie Urteil des OLG. Marienwerder bei Goltd. Bd. 46 S. 456). Sie ist auch vom Reichsgericht in einem in einer Zivilsache ergangenen Urteile (Entsch. des RG. in Ziv.-Sachen Bd. 47 S. 328, 330) gebilligt. Das Berufungsgericht hat somit das Gesetz nicht verletzt. Es hat auch den Umstand, daß nach dieser Auslegung leichtere Verkehrsstörungen bestraft werden, erheblichere aber unbestraft bleiben, gewürdigt und mit Recht hervorgehoben, daß die Errichtung dauernd mit dem Boden verbundener Anlagen erfahrungsgemäß selten vorkommt, und daß hierbei häufig Verhältnisse in Frage stehen, deren Lösung vor dem Zivilrichter zu suchen ist, so daß es nicht angemessen wäre, in solchen Fällen Strafbestimmungen zu erlassen."

Mitgeteilt von Staatsanwalt Gahn in Hof.

### II.

**Wandergewerbescheine.** Der Pferdemetzger A. ließ durch eine bei ihm beschäftigte Taglöhnerin B. in der Umgebung seines Wohnortes innerhalb 15 km Entfernung von ihm selbstverfertige frische Pferdewürste (Waren, welche nach § 66 Abs. 1 Ziff. 3 GewO. Gegenstände des Wochenmarktverkehrs sind) feilbieten, ohne daß er oder die B. einen Wandergewerbeschein hatten. Das Oberste Landesgericht sieht darin eine Verletzung des § 59 Abs. 1 Ziff. 2 GewO. durch die B. (event. auch den A.); denn jene Bestimmung (Nicht-Erfordernis eines Wandergewerbescheines) gelte bloß für den Inhaber eines stehenden Gewerbes, nicht auch für dessen Stellvertreter (ebenso RG.: Reger, Entsch. Bd. 12 S. 132; OLG. Celle, Reger Bd. 23 S. 306; dagegen preuß. Kammergericht, Reger Bd. 24 S. 266; vgl. Landmann-Rohmer, GewO. Bd. I S. 493 Anm. 3 Abs. 2, S. 496 Anm. 5 Abs. 2). Zur Begründung führt das Oberste Landesgericht aus: Für die Auffassung des Reichsgerichts spricht die Entstehungsgeschichte des § 59 GewO. und insbesondere die Aeußerungen des Kommissärs des Bundesrats zu § 59 und zu § 60a GewO. (vgl. Sten. Ber. d. Reichst., 5. Leg.-Per. II. Sess. 1882/3, Anl. z. d. Verh. d. Reichst. Bd. 6 S. 736 Sp. 2 und S. 739 Sp. 1), dann die Vorschrift des § 60d Abs. 1 und 2 GewO., wonach der Wandergewerbeschein einem anderen nicht zur Benützung überlassen werden darf und wonach jeder für einen anderen ein Gewerbe im Umherziehen zu betreiben Beabsichtigende für seine Person den Bestimmungen des Gesetzes unterliegt; endlich der Wortlaut des § 59 Abs. 1 Ziff. 2 GewO. Danach bedarf nur derjenige eines Wandergewerbescheines nicht, der in der Umgegend seines Wohnortes bis zu 15 km Entfernung selbstverfertigte Waren des Wochenmarktverkehrs feilbietet; dagegen bedarf nach § 55 Abs. 1 eines solchen, wer außerhalb des Gemeindebezirks seines Wohnorts usw. ohne Begründung einer gewerblichen Niederlassung und ohne vorgängige Bestellung in eigener Person die in den Ziffern 1 mit 4 aufgeführten gewerblichen Handlungen vornehmen will. Die Bestimmung des § 59 bildet daher die Ausnahme von der in § 55 ausgesprochenen Regel und ist einer ausdehnenden Auslegung nicht zugängig. Jeder, der fremde, von ihm nicht selbstverfertigte Wochen-

[1]) s. auch Entsch. d. OLG. München in Strafsachen Bd. 10 S. 277.

marktwaren außerhalb des Gemeindebezirks seines Wohnortes oder der durch besondere Anordnung der Verwaltungsbehörde dem Gemeindebezirke des Wohnortes gleichgestellten nächsten Umgebung ohne Begründung einer gewerblichen Niederlassung und ohne vorgängige Bestellung in eigener Person feilbieten will, beabsichtigt für sich einen Gewerbebetrieb im Umherziehen und bedarf eines Wandergewerbescheins, gleichviel, ob er die Waren für eigene Rechnung oder für Rechnung des Verfertigers im Umherziehen feilbietet. Die §§ 55 und 59 GewO. befassen sich, wie schon die Worte „wer“ und „in eigener Person“ ausdrücken, nur mit der Person, die tatsächlich Waren im Umherziehen feilbietet, und diese Person muß, wenn nicht die Ausnahme des § 59 auf sie zutrifft, einen Wandergewerbeschein bei sich führen. Das in § 59 geschaffene Privileg ist höchst persönlich, auf Dritte als Gehilfen oder Vertreter nicht übertragbar. Der Wandergewerbeschein wird bloß für eine bestimmte Person ausgestellt und nur für eine solche Person, gegen welche keine der in § 57 Ziff. 1 mit 5 aufgeführten Tatsachen vorliegt. Eben weil der Ausstellung eines Wandergewerbescheins eine genaue Prüfung der persönlichen Verhältnisse des Gesuchstellers vorauszugehen hat, kann es nicht für zulässig erachtet werden, daß ein Gewerbetreibender, dem für seine Person in den Fällen des § 59 die Freiheit von der Lösung eines Wandergewerbescheines zukommt, mit Umgehung der Bestimmungen des § 57 Personen zum Hausieren verwendet, die sich dazu nach ihrem Körperzustande oder nach ihrem Vorleben nicht eignen. (Urt. v. 19. Sept. 1905, RevReg. 167/05.)

Mitgeteilt von Bezirksamtsassessor Dr. Schmidt im Ministerium des Aeußern.

---

## Oberlandesgericht München.

### I.

**§ 91 ZPO. Ersatz der Kosten eines auswärtigen Beweistermins.** Auch von dem prozeßbevollmächtigten Anwalt gilt nach ständiger Praxis des RG. der Satz, daß seine durch die Wahrnehmung eines auswärtigen Beweistermins entstehenden Kosten der Regel nach nur insoweit zu erstatten sind, als sie die Kosten der Vertretung durch einen am Orte der Beweisaufnahme wohnenden Anwalt nicht übersteigen. Der Satz, es müsse auch der anwaltschaftlich vertretenen Partei das Recht zugestanden werden, dem auswärtigen Beweistermin beizuwohnen, ist wohl an sich nicht zu bestreiten, aber auch nicht ohne weiteres dazu angetan, den einschlägigen Ansatz von Parteikosten zu rechtfertigen. Beschwerdeführer müßte vielmehr darlegen, daß die gleichzeitige Anwesenheit des Anwalts sowohl, als auch der Partei gegebenenfalls notwendig war, um eine zweckentsprechende Vernehmung der Zeugen überhaupt zu ermöglichen; eine solche Darlegung ist aber nicht erfolgt; die fraglichen Parteikosten sind daher nicht erstattungsfähig. (Beschl. v. 17. Juni 1905. BeschwReg. 321/1905.) W.

### II.

**§ 148 ZPO. Aussetzung.** Die streitenden Eheleute führen beim Amtsgericht einen Prozeß wegen Wohnungsräumung, welche durch die Ehefrau von dem Ehemann verlangt wird; gleichzeitig ist bei dem Landgericht ein Prozeß der nämlichen Streitsteile wegen Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung des Ehemanns am Vermögen seiner Ehefrau anhängig. Der Aussetzungsantrag im amtsgerichtlichen Prozeß bis zur Erledigung des landgerichtlichen Rechtsstreites wurde in II. und III. Instanz zurückgewiesen: die Eheleute leben im gesetzlichen Güterstande der Verwaltung und Nutznießung; daß das zu räumende Haus, welches die Ehefrau schon bei ihrer Verheiratung besaß, Vorbehaltsgut im Sinne der §§ 1365 ff. BGB. war, ist nicht ersichtlich. Demnach kann die Klage auf Aufhebung der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung gemäß § 1418 Abs. 2 BGB. erst mit der Rechtskraft des Urteils Wirkung äußern, während eine solche für die Vergangenheit nicht besteht. Wenn auch nicht verkannt werden kann, daß die Erledigung des landgerichtlichen Rechtsstreites den anhängigen Räumungsprozeß tatsächlich beeinflußt und auch dessen Beendigung herbeiführt, so liegt doch ein Abhängigkeitsverhältnis im Sinne des § 148 ZPO. nicht vor; denn die Entscheidung des amtsgerichtlichen Prozesses ist in keiner Weise durch den beim Landgericht anhängigen Rechtsstreit bedingt. Zweckmäßigkeitsgründe können aber die Stütze einer Aussetzung nicht bilden. (Beschl. vom 15. Juni 1905. BeschwReg. 328/1905.) W.

### III.

**§ 13 Ziff. 3 GebO. f. RA. Vergleichsgebühr.** Die Vergleichsgebühr ist dem Anwalt jedenfalls schon deshalb zuzusprechen, weil ein außergerichtlicher Vergleich unter den Parteien abgeschlossen wurde und glaubhaft gemacht ist, daß der Anwalt über die Vergleichsmodalitäten mit seiner Partei verhandelte und ihr Rat erteilte, sohin bei dem Vergleiche mitwirkte, wenn er auch bei Abschluß des Vergleichs selbst nicht zugegen war. (Beschl. vom 19. Juni 1905. BeschwReg. 325/1905.) W.

---

## Oberlandesgericht Augsburg.

**Haftung des Besitzers eines Hauses für Unfälle in diesem.** Klägerin, eine Marktfierantin, wohnte während der Dult als Aftermieterin in dem 3. Stockwerke in dem Hause des Beklagten, trat bei Dunkelheit nach 9 Uhr in den nicht beleuchteten Hauseingang und stürzte in den unweit der Haustüre befindlichen, offenen Keller hinab; sie zog sich schwere Verletzungen zu und erhob gegen den Beklagten Schadensersatzklage. Der Erstrichter wies sie ab; das Oberlandesgericht, II. Zivilsenat, erklärte am 11. Februar 1905 den Klaganspruch dem Grunde nach zu zwei Dritteilen für gerechtfertigt und verwies die Sache zur weiteren Verhandlung zurück.

Gründe: Es ist zuzugeben, daß die Anlage des Treppenhauses mit Keller bei Erholung der baupolizeilichen Genehmigung nicht bemängelt wurde, und daß es dem Beklagten bei den beschränkten Räumen nicht möglich ist, vor der Kellertüre Sicherheitsvorrichtungen anzubringen. Allein trotzdem ist er verantwortlich. Denn es ist nicht nur allgemeine Regel, daß jeder, der in einem Hause den Verkehr mit Menschen eröffnet, verpflichtet ist, Anordnungen zu treffen, welche zum Schutze der verkehrenden Personen erforderlich sind (vgl. JW. 1903 Beil. Nr 214; JW. 1904 S. 483 Nr. 5), sondern es bestanden für den Beklagten noch besondere Gründe, den mit der Kelleranlage verbundenen Gefahren vorzubeugen. Diese befindet sich fast unmittelbar neben der Treppe und ist von der Haustüre nur 1,36 m entfernt; auch schließt sich unmittelbar an die Kellertüre die 1. Stufe der Kellertreppe an, so daß schon beim 2. Schritte von der Hausschwelle an der Sturz in den Keller erfolgen kann. Es besteht also bei Dunkelheit die höchste Gefahr, daß man hinunterstürzt, wenn nicht für Beleuchtung gesorgt wird. Solche Gefahr ist aber noch viel größer, wenn, wie hier, Haus- und Kellertüre gleichzeitig offen stehen. (Wird näher ausgeführt.) Solcher Gefahr mußte sich Beklagter, der das Haus schon vor längerer Zeit gebaut hat, längst bewußt geworden sein; gleichwohl hat er erst nach dem Unfalle Verschlüsse an Haus- und Kellertüre anbringen lassen, obwohl er längst hätte Abhilfe treffen können.

Auch hat er nicht etwa den Hausbewohnern das jedesmalige sofortige Zumachen der Kellertüre durch Anschlag oder Aufnahme in die Mietbedingungen zur Pflicht gemacht, geschweige denn die hier ausnahmsweise gebotene Beleuchtung des Treppenhauses nebst der Kellertüre während der ganzen Nacht angeordnet. Es ergibt sich also zweifellos seine Haftung nach § 276 Abs. 1 mit 823 Abs. 1 BGB., wobei es gleichgültig ist, daß Klägerin nur Aftermieterin war, weil das im Mietvertrage enthaltene Verbot, Mietsräume anderen zu überlassen, nur auf die Rechtsverhältnisse zwischen dem Vermieter und den Mietern Bezug hat, nicht aber den Ansprüchen eines Aftermieters gegenüber dem Hausbesitzer vorgreifen kann.

Allein es ist auch der Klägerin vorzuwerfen, daß sie die Sorgfalt nach § 276 Abs. 1 BGB. außer acht ließ, wenn sie, obwohl sie schon von weitem durch das Fenster des Vorplatzes und bei Betreten der zwei Vorstufen wahrnehmen mußte, daß dieser nicht beleuchtet war, eintrat, ohne für das mit Leichtigkeit zu beschaffende Licht zu sorgen (JW. 1905 S. 44 Nr. 7). Auch hätte sie ohne Licht mit den Händen tastend langsam und vorsichtig schreiten müssen, wobei sie noch rechtzeitig hätte fühlen können, daß sie die Richtung zur Haustreppe verfehlt hatte. Sind aber diese Vorsichtsmaßregeln unterblieben, so ist auch ihre mangelnde Vorsicht an dem Unfalle schuld, weshalb § 254 Abs. 1 BGB. anzuwenden war, wonach im Falle der Mitwirkung eines Verschuldens des Beschädigten die Verpflichtung zum Ersatze sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon abhängt, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder anderen Teile verursacht worden ist. Und zwar ist nach der Ueberzeugung des Berufungsgerichts das Verschulden des Beklagten erheblich schwerer, weil er seine Pflichten als Hausherr verletzt hat, so daß angezeigt war, seine Ersatzpflicht auf zwei Drittel festzustellen (JW. a. a. O.), und bezüglich des weiteren Drittels es bei der Klagsabweisung zu belassen.

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Donle in Augsburg.

---

## Landgericht München I.

### I.

**Die Zinsen- und Kostenkautionshypothek ist eigentümerhypothekfähig. Die daraus entstandene Eigentümerhypothek ist auch in einem nach der Subhastationsordnung zu erledigenden Verfahren zu berücksichtigen. Der Rangeinräumungsverzicht hindert nicht die Entstehung der Eigentümerhypothek, sondern gewährt dem Gläubiger einen nur obligatorischen Anspruch auf Löschung dieser Hypothek und bei erloschener Hypothek den Anspruch auf Verzicht auf die an ihre Stelle tretenden Ersatzansprüche.**

Aus den Gründen: Das in Frage stehende Anwesen ist am 25. Januar 1905 zum Zwecke der Zwangsversteigerung beschlagnahmt worden. Es ist deshalb das Verfahren nach der bayer. SubhO. zu erledigen. (§§ 1, 15 EG. z. ZwVG. und MB. vom 6. März 1905, wonach das Grundbuch am 1. Mai 1905 für den Oberlandesgerichtsbezirk München als angelegt anzusehen ist.) Der Umstand, daß ein anderer Gläubiger nach dem 1. Mai 1905 ebenfalls die Beschlagnahme erwirkte, ist ohne Bedeutung; denn der weitere Gläubiger tritt nur in ein anhängiges Verfahren ein. (Ortenau—Henle, SubhO. Anm. 1 zu Art. 42—44.) Damit ist aber nicht gesagt, daß, wie dies z. B. in dem Kommentar von Steiner zum ZwVG. Anm. 2 zu § 15 EG. ausgeführt ist, neben den formellen und materiellen Vorschriften des Prozeßrechtes auch die Vorschriften des materiellen alten Liegenschaftsrechtes aufrechterhalten sind. Der Erstrichter hat zutreffend ausgeführt, daß, wie z. B. eine durch Landesgesetz erfolgte Abänderung des materiellen Liegenschaftsrechtes, auf das Art. 108 Ziff. 2 SubhO. verweist, im Subhastationsverfahren zu berücksichtigen war, nunmehr auch die Abänderung durch die Reichsgesetzgebung bei einer nach altem Prozeßrecht zu erledigenden Versteigerung zu beachten ist.

Die rechtliche Stellung der Hypothekgläubigerin, des Anwesensbesitzers und des Ansteigerers in Ansehung der strittigen Kautionshypothek beurteilt sich deshalb nach dem BGB. Die Kautionshypothek hat sich am 1. Mai 1905 in eine Höchstbetragshypothek des BGB. verwandelt. (§§ 1184, 1190 BGB., Art. 186 II, 192 EG. z. BGB.) Das Reichsgericht hat diesen Grundsatz schon früher für die älteren Kautionshypotheken des preußischen und sächsischen Rechtes ausgesprochen. (Entsch. d. RG. i. Z.-S. Bd. 49 S. 162, Bd. 55 S. 219.) Mit Beschluß vom 23. Juni 1905 — abgedruckt in der Zeitschrift f. Rechtspfl. i. B. 1. Jahrg. S. 350 — hat das bayer. oberste Landesgericht nunmehr auch ausgesprochen, daß die Zinsen- und Kostenkautionen des bayer. Hypothekenrechts von dem Zeitpunkt an, in dem das Grundbuch für angelegt erklärt worden ist, als Sicherungshypotheken, im besonderen als Höchstbetragshypotheken im Sinne des BGB. zu gelten haben. Das Beschwerdegericht schließt sich dieser Auffassung unbedenklich an. In dieser Eigenschaft als Sicherungshypothek nach §§ 1184, 1190 BGB. konnte sie sich, da Theorie und Praxis einstimmig die Vorschriften über die Eigentümerhypothek (§ 1163 BGB.) auch auf die Höchstbetragshypothek für anwendbar erklären (Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht, 2. Aufl. Bd. I S. 810, 813, 837, Staudinger, BGB. Anm. 5 zu § 1190, Zeitschrift f. Rechtspfl. i. B. 1905 S. 272 ff.), unter den Voraussetzungen des § 1163 BGB. in eine Eigentümerhypothek verwandeln. Diese Aenderung konnte in dem Augenblick eintreten, in dem die Anwesensbesitzer entweder das Kapital in ihrer Hand hatten oder in dem die Verzinslichkeit des Kapitals ihr Ende erreicht hatte. Sie konnte aber auch, wie der Erstrichter zutreffend ausführt, in dem Zeitpunkt eintreten, in dem die Hypothek erlosch und feststand, daß Kosten und Zinsen, deren dingliche Sicherung und Gewährung des Vorzugsrechts nach Art. 108 Ziff. 2 SubhO. die Kautionshypothek bezweckt hat, nicht in Frage stehen. Dieser Zeitpunkt ist sofort mit dem Zuschlag eingetreten; denn nach Art. 55 SubhO., der noch anzuwenden ist, geht das Grundstück mit dem Zuschlage frei von allen Hypotheken, die nicht im geringsten Gebot stehen, auf den Ansteigerer über und es verwandeln sich die Hypotheken in Vorzugsrechte auf den Erlös, aus dem sie nach ihrer Priorität befriedigt werden. Es tritt diese Rechtslage resolutiv bedingt ein, ohne daß es auf die Rechtskraft des Zuschlages ankommt. (Ortenau-Henle, SubhO. Anm. 1 zu Art. 55, Anm. 2 zu Art. 81.) Es hat sich demnach mit dem Zuschlag die Kautionshypothek in eine Eigentümerhypothek verwandelt. (§§ 1163, 1177 I BGB.) Die Streitfrage, wen das Gesetz im Falle des § 1163 Abs. I d. BGB. als Eigentümer, dem die Hypothek zustehen soll, meint (vgl. Staudinger, Anm. II 4 zu § 1163; Fuchs, Grundbuchrecht Bd. I S. 525), hat hier keine Bedeutung, weil der Subhastat, der die Hypothek nebst 10 % Kaution bestellte, Eigentümer geblieben ist und es auch noch zur Zeit des Zuschlags war. Es kann der Entstehung der Eigentümerhypothek nicht entgegengehalten werden, die Rechtsänderung habe sich nicht mehr vollziehen können, weil die Hypothek durch den Zuschlag erloschen sei und eine erloschene Hypothek sich nicht mehr in eine Eigentümerhypothek verwandeln könne. Die Kautionshypothek ist zunächst Eigentümerhypothek geworden und als Eigentümerhypothek erloschen. Es ist der Rechtsvorgang so gestaltet, daß der Versteigerungserlös an Stelle des Grundstücks tritt und daß vermöge dieser Surrogation dieselben Ansprüche, die aus dem Grundstück hätten ihre Befriedigung suchen dürfen, nunmehr auf dem Erlöse haften und aus ihm zu befriedigen sind. Im gleichen Sinne hat das Reichs-

gericht (Entsch. i. Z.-S. Bd. 55 S. 217 ff.) in einem nach dem ZwVG. zu erledigenden Verfahren die Frage bezüglich einer Maximalhypothek beantwortet und entschieden, daß der nicht erschöpfte Betrag der Kredithypothek mit dem Zuschlag Eigentümerhypothek wird und dem Eigentümer das Recht gibt, vor den nachfolgenden Realgläubigern in Höhe des nicht liquidierten Betrags Befriedigung zu verlangen. Es kann daher nach Anlegung des Grundbuchs die Kautionshypothek des bayer. Hypothekenrechts nicht mehr bei Feststellung des Mindestgebotes außer Betracht bleiben und, falls die Kapitalshypothek erlischt, nicht mehr ohne Ersatz in Gestalt eines Anspruchs auf den entsprechenden Betrag des Strichschillings erlöschen. (Siehe bezügl. des früheren Rechtszustandes Ortenau-Henle, SubhO. Anm. zu Art. 2 der Novelle.)

Dem Vorbringen, der Subhastat habe auf seine Eigentümerhypothekrechte verzichtet, weil er deren Anmeldung unterließ, ist entgegenzuhalten, daß nach der bayer. SubhO. die aus dem Hypothekenbuche, jetzt Grundbuch, ersichtlichen Hypotheken von Amts wegen zu berücksichtigen sind. Es ist deshalb auch der an Stelle der Eigentümerhypothek getretene Anspruch auf den Erlös von Amts wegen zu berücksichtigen. Es ist aber auch endlich der Hinweis des Beschwerdeführers, daß der Subhastat durch den eingetragenen Rangeinräumungsverzicht auf das Recht, Hypothekgläubiger zu werden, verzichtet habe, irrtümlich. Wie der Erstrichter zutreffend ausführt, hat Art. 59 des bayer. UeG. z. BGB. nur den Inhalt, daß der nachstehende Gläubiger die Löschung der zugunsten des verzichtenden Grundstückbesitzers entstandenen Eigentümerhypothek auf Grund des Rangeinräumungsverzichtes verlangen, eventuell im Prozeß erzwingen kann. Wie also, wenn die Eigentümerhypothek noch bestehen würde, der Vollstreckungsrichter trotz des Rangeinräumungsverzichts diese Hypothek bei der Verteilung des Erlöses als bestehend berücksichtigen müßte, so muß er, nachdem sie erloschen ist und der Subhastat einen Anspruch auf Befriedigung aus dem Erlös erhalten hat, auch diesen obligatorischen Ersatzanspruch vorerst zugunsten des Subhastaten bei der Verteilung zugrunde legen; es müßte denn sein, daß der Beschwerdeführer nachweist, daß der Subhastat auf Befriedigung aus dem Erlöse verzichtet hat. (Beschl. der 2. Z.-K. vom 9. Oktober 1905 Beschw.-R. 559/05 II.) — ch.

II.

**Unzulässigkeit einer Nebenkaution zu einer Eigentümergrundschuld. Bedeutung des Versteigerungsvermerks gegenüber Neubelastungen (§§ 1118, 1190, 1192 BGB., 21 ff. ZwVG.; Art. 58 UeG.)** Rechtsanwalt B. bestellt als Konkursverwalter nach Grundbuchanlegung auf einem Acker des Gemeinschuldners unter Benutzung des Rangs einer vor Grundbuchanlegung durch Zahlung löschungsreif gewordenen Hypothek zu 7000 Mark mit 4% verzinslich und 700 Mark Nebenkaution Eigentümergrundschuld ohne Brief zu ebenfalls 7000 Mark, mit 4% verzinslich „und 700 Mark Nebenkaution“. Das Grundbuchamt lehnt die Eintragung ab, weil inzwischen der Versteigerungsvermerk eingetragen worden und derartige Nebenkautionen dem Grundbuchrecht fremd seien. Die Beschwerde hiegegen hatte hinsichtlich des erstgenannten Grundes Erfolg, „weil der Versteigerungsvermerk keine Buchsperre darstellt und demnach weitere Eintragungen unbeschadet der seit Grundbuchanlegung erworbenen Rechte keineswegs hindert, über die Wirkungen solcher Eintragungen aber im Streitfalle durch Urteil entschieden werden muß (Jäckel, ZwVG. 2. Aufl. S. 107, Steiner, ZwVG. S. 63, Achilles-Strecker GBO. S. 123).“ Hinsichtlich der Nebenkaution wurde dagegen die Eintragungsverweigerung bestätigt, „weil das Gesetz eine Sicherungs**grundschuld** etwa analog der Sicherungshypothek mangels einer neben der Grundschuld bestehenden Forderung nicht kennt, die Zulässigkeit einer solchen Nebenkaution als accessorische Grundschuld auch nicht aus § 1192 BGB. gefolgert werden kann (vgl. § 1178 BGB.), eine Sicherungs**hypothek** neben Grundschuld aber nirgends in der Urkunde erwähnt oder bestellt ist, als Eigentümerhypothek auch gar nicht bestellt werden könnte, übrigens jede nähere Angabe mangelt, für welche Nebenleistungen die Kaution haftet“. (Beschl. v. 7. September 1905; Beschw.-Reg. Nr. 502/05.) N.

---

## Landgericht Traunstein.

**Bedarf die Löschungsbewilligung (Quittung) einer bayerischen distriktiven oder gemeindlichen Sparkasse der notariellen Beglaubigung?** Gemäß § 453 Abs. 2 DAnw. f. d. GrundbAe. kann auf Antrag des Eigentümers die Hypothek gelöscht werden, wenn dieser dem Grundbuchamte durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachweist, daß die Hypothek auf ihn übergegangen ist. Der Nachweis kann insbesondere durch eine in einer öffentlichen Urkunde enthaltene oder öffentlich beglaubigte Quittung des bisherigen Gläubigers erbracht werden. Gemäß § 148 Abs. 2 l. c. genügt die Form einer von einer anderen **Behörde** als vom Notar ausgestellten Urkunde nur dann, wenn die andere Behörde für die Beurkundung der Erklärung zuständig ist. Fälle dieser Art liegen insbesondere vor, wenn die Behörde selbst eine Eintragungsbewilligung oder eine sonstige Erklärung in der für Beschlüsse oder sonstige Willenserklärungen der Behörde vorgeschriebenen Form abgibt, z. B. Löschungsbewilligungen der Gemeinde. Es wird sich daher vor allem darum fragen, ob die Verwaltung einer distriktiven oder gemeindlichen Sparkasse eine Behörde ist. Inhaltlich der Normativbestimmungen der ME. vom 20. Mai 1874, die Sparkassen von Gemeinden und Distrikten betr. (Weber Bd. X S. 353) sind die Verhältnisse jeder Sparkasse durch Statuten zu regeln (Ziff. 2), welche der Genehmigung der vorgesetzten Verwaltungsbehörde bedürfen. Nach Ziff. 9 und 10 dieser Bestimmungen hat die Anlage der Sparkassengelder nach Maßgabe der AV. vom 31. Juli 1869, die Kapitalsausleihungen der Gemeinden und Stiftungen betr. zu erfolgen und haben im übrigen die Gemeinden und Distrikte bei dem Betriebe ihrer Sparkassen die Bestimmungen über die Verwaltung des Gemeinde- und Distriktsvermögens genau zu beachten. Nach Ziff. 12 müssen die Statuten die Erklärung, daß die Gemeinde (Distriktsgemeinde) für die Verzinsung und Rückzahlung der Einlagen haftet, sowie die Vorschriften über die Organisation der Sparkassenverwaltung enthalten. Nach Ziff. 8 muß die Sparkasse von den übrigen Kassen der Gemeinde (des Distrikts) getrennt verwaltet werden und soll die Verwaltung aus mindestens zwei Mitgliedern bestehen. Eine nach diesen Vorschriften errichtete Sparkasse, deren Statuten die Genehmigung der Kgl. Regierung gefunden haben, ist eine Gemeinde-, bzw. Distriktsanstalt (cf. Lindner, GemO. S. 771, 376, 378; Kahr, GemO. I S. 573, II S. 83; Bl. f. RA. 67 S. 127; Mugdan-Falkmann, Rspr. d. OLG. 8 S. 204). Die Ordnung und Förderung des Sparkassenwesens und die Einrichtung öffentlicher, dem Volkswohle dienender Sparkassen gehört zu den Aufgaben des Staates, und wenn die Gemeinden die Einrichtung von Sparkassen nach Maßgabe der Gesetze in zulässiger Weise in den Kreis ihrer Tätigkeit ziehen, so erfüllen sie staatliche Aufgaben und werden damit insoweit zu öffentlichen Behörden (cf. Mugdan-Falkmann, Rspr. d. OLG. VIII S. 170 und S. 220; Entsch. d. RG. in Straff. VI S. 248; Entsch. d. OLG. München in Straff. VI S. 248). Den Gemeinden ist es aber seitens des Staates zur Pflicht gemacht, die Sparkassen gesondert zu verwalten und für deren Verwaltung besondere Organe zu bestellen

(Ziff. 8 d. ME. vom 20. Mai 1874); deshalb ist die nach diesen Vorschriften bestellte Verwaltung, soweit sie öffentliche Angelegenheiten bearbeitet, infolge ihrer Selbständigkeit nicht anders zu beurteilen als die Gemeinde (Distriktsgemeinde) selbst. Es ist also eine organisierte und mit selbständiger Verwaltung ausgestattete Sparkasse eine Behörde (cf. obige Entsch. in Mugdan-Falkmann 8 S. 170, 171). Das Sparkassenvermögen ist Gemeindevermögen (Mugdan-Falkmann 8 S. 204; Bl. f. RA. 67 S. 127). Sonach ist die von der Sparkassenverwaltung ausgestellte Quittung (Löschungsbewilligung) einer solchen, welche die Gemeinde selbst ausgestellt hat, gleichzuachten. Die Zuständigkeit der Gemeinde zur Erteilung von Löschungsbewilligungen ergibt sich aus der MB. vom 12. März 1885 (Weber Bd. XVII S. 75), die Kapitalsausleihungen der Gemeinden 2c. betr., in welcher auch die Form der Erteilung vorgeschrieben ist. Danach hat die Erteilung auf Grund eines nach Maßgabe der Gemeindeordnung gültigen Beschlusses der betr. Verwaltung zu erfolgen. Da nun nach Ziff. 9 und 10 d. MEntschl. vom 20. Mai 1874 die Bestimmungen über die Verwaltung des Gemeinde- und Distriktsvermögens, sowie über die Kapitalsausleihungen der Gemeinden und Stiftungen auf den Betrieb der Sparkassen Anwendung zu finden haben, so muß auch die in Ergänzung der AB. vom 31. Juli 1869 ergangene MB. vom 12. März 1885 auf die Verwaltung der Sparkassen Anwendung finden. An Stelle der Gemeindeordnung tritt hier das Statut der Anstalt. Demnach bedarf die Löschungsbewilligung (Quittung), welche von einer organisierten und mit einer selbständigen Verwaltung ausgestatteten Sparkasse von den nach Inhalt der Statuten zuständigen Mitgliedern der Verwaltung in der statutenmäßigen Form ausgestellt ist, keiner notariellen Beglaubigung, weil sie selbst eine öffentliche Urkunde ist. Das Grundbuchamt hat aber zu prüfen, ob diese Voraussetzungen gegeben sind, und kann zu diesem Behufe die Vorlegung der Statuten und sonstigen Behelfe verlangen (cf. Mugdan-Falkmann Bd. VIII S. 220). In der Regel wird eine Bestätigung des Bezirkamtes über die Befugnis der unterzeichneten Personen zur Vertretung der Sparkassa und über die Erfüllung der statutengemäß erforderlichen Form zum Nachweise genügen. (Beschl. v. 29. September 1905 Beschw.Reg. 63/1905.) F.

## Literatur.

**Leutke, Dr. P.**, Postinspektor. Das Verfügungsrecht beim Frachtgeschäft unter besonderer Berücksichtigung des Postfrachtgeschäftes. Berlin 1905, J. Guttentag. Brosch. Mk. 5.—.

Die vorliegende Arbeit bietet eine fleißige und erschöpfende und, wie ich im vorneherein bemerken möchte, vortreffliche monographische Darstellung einer wissenschaftlich noch viel umstrittenen und praktisch wichtigen Materie des Frachtrechts und speziell des Postfrachtrechts. Das internationale Recht ist dabei vorerst noch außer Betracht gelassen und einer späteren Bearbeitung vorbehalten worden. Die Ausführungen des Verfassers zeugen durchweg von gründlicher Beherrschung des Stoffes und praktischem Verständnisse. Die Literatur ist in erschöpfender Weise berücksichtigt. Man wird der Auffassung Leutkes in vielen Punkten beitreten können. Zutreffend scheint es mir beispielsweise, wenn er für das gewöhnliche Frachtgeschäft (und damit auch für das Eisenbahnfrachtgeschäft) auf eine juristische Konstruktion des Verfügungsrechts des Empfängers überhaupt verzichtet; denn auch ich glaube, daß es besser ist, die Ergebnisse positiver gesetzlicher Bestimmungen einfach hinzunehmen als sie in Formen zwängen zu wollen, in welche sie eben nicht durchweg hineinpassen. Aber auch da, wo man der Auffassung Leutkes nicht folgen kann, wird man der ruhigen und sachlichen Art der Begründung Beachtung zollen müssen. Auf einen Irrtum möchte ich den Verfasser hier aufmerksam machen. Auf S. 138 in der Anm. 6 findet sich nämlich die Mitteilung, daß in Bayern die Prozeßführung in Sachen des Eisenbahn- und Postfiskus dem für die Post- und Bahnverwaltung aufgestellten „fiskalischen Amtsgerichte" obliege. Es ist hier offenbar der „Fiskal der K. Bayer. Verkehrsanstalten" gemeint, eine Einrichtung, welche übrigens — was der Verfasser natürlich nicht mehr berücksichtigen konnte — inzwischen durch Verordnung vom 22. April 1905 aufgehoben wurde. Dem Werte und der Vortrefflichkeit des Buches soll jedoch durch diesen Hinweis selbstredend nicht Abbruch getan werden.

Direktionsrat Dr. Reindl, München.

## Notiz.

Das k. k. österreichische Justizministerium hat unter dem 27. Juli 1905 an die Oberlandesgerichtspräsidien einen Erlaß über den staatlichen Ehrenschutz gerichtet und die Präsidien ersucht, den Erlaß den mit der Strafgerichtsbarkeit betrauten Gerichten mitzuteilen. Der Inhalt dieser Entschließung verdient auch für unsere Verhältnisse Beachtung.

Der staatliche Ehrenschutz gewährt nach dem Erlasse nicht immer, was er gewähren sollte. Die Strafbestimmungen über „Beleidigung" eröffnen dem Richter bei der Strafzumessung einen weiten Spielraum; gerade deshalb muß aber vom Richter verlangt werden, daß er bei der Bemessung der Strafe den Umständen und dem Charakter der Beleidigung, ihrer Bedeutung für den Beleidigten usw. tunlichst entspreche und nie darauf vergesse, wie gerade in diesem Gebiete das Urteil auf die gesellschaftlichen Sitten und Anschauungen selbst bildend oder irreführend zurückwirke. Besonders scharfe Ahndung verdienen die verleumderischen Beleidigungen; mildere Strafen sind bei Aeußerungen am Platze, die in Unbesonnenheit oder entschuldbarer Erregung gefallen sind. Immer aber sind die individuellen Verhältnisse des Einzelfalles — Person und Vermögensverhältnisse des Beleidigers, Art, Umstände, Folgen der Beleidigung — im Auge zu behalten; jede schablonenmäßige Festsetzung der Strafe ist zu vermeiden. Eine allzu oberflächliche Strafzumessung ist nicht nur ein Unrecht am Beleidigten, sondern verwirrt und verleitet zugleich das Urteil aller, die im richterlichen Spruche eine besondere Kundgebung des richterlichen und sittlichen Bewußtseins erblicken, und die ihn zur Richtschnur ihres eigenen Verhaltens zu nehmen geneigt sind. Die Parteien in Beleidigungssachen zu einem Ausgleiche zu drängen, entspricht weder dem Wesen der Straftat noch der richterlichen Stellung. Das Verfahren in Beleidigungssachen erfordert Würde und Gründlichkeit der Verhandlung. Wer wegen einer ernsten Ehrenkränkung das Gericht anruft, soll Verständnis für seine Lage und Wiederherstellung seiner verletzten Ehre finden, soll nicht mit dem Eindruck scheiden, daß die für ihn so wichtige Frage als Dutzendsache angesehen und behandelt wird. Kr.

Wie wir soeben vernehmen, hat das Reichsgericht entgegen der Anschauung des Obersten Landesgerichts entschieden, daß die Pfändung der aus Nebenkautionen zukünftig entstehenden Eigentümergrundschulden nicht in das Grundbuch eingetragen werden kann. Der Beschluß mit Begründung wird in der nächsten Nummer veröffentlicht werden.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, II. Staatsanwalt im K. Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

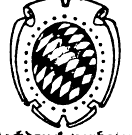
Nr. 23. München, den 1. Dezember 1905. 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im k. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).



Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum, Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.



## Die Umwandlung der Kautionshypotheken des bayer. Rechtes in Maximalhypotheken des BGB.

Von Amtsrichter und Privatdozent Dr. Hugo Kreß in München.

### Vorbemerkung.

Das Oberste Landesgericht hat in dem Beschlusse vom 23. Juni 1905 (S. 350 dieser Zeitschr.) die Frage, in welcher Weise die in Bayern üblichen zehnprozentigen Zinsen- und Kostenkautionen in das neue Recht übergeleitet wurden, dahin entschieden, daß die Kautionen mit dem Zeitpunkt, in dem das Grundbuch für angelegt gilt, zu Maximalhypotheken des BGB. geworden sind und demzufolge in Eigentümerhypotheken übergehen können. Das Reichsgericht hat in den Gründen des Beschlusses seines V. ZS. vom 18. Oktober 1905 diese Anschauung des Obersten Landesgerichts als zutreffend bezeichnet, ohne in die nähere Würdigung der Frage einzutreten. Die Ueberleitung der Zinsen- und Kostenkautionen in das neue Recht war nicht unmittelbar Gegenstand der Entscheidung des Obersten Landesgerichts und des Reichsgerichts; sie kam nur als Vorfrage in Betracht und hätte vielleicht unberührt bleiben können. Unmittelbar zur Entscheidung stand nur die Frage, ob die Pfändung der etwa an die Stelle einer Zinsen- und Kostenkaution tretenden Eigentümerhypothek in das Grundbuch eingetragen werden könne; sie wurde vom Obersten Landesgericht bejaht, vom Reichsgericht aber mit Rücksicht auf § 40 GBO. verneint.

Wie später (unter III) näher auszuführen sein wird, hat man in der Zinsen- und Kostenkaution des bayerischen Hypothekenrechts früher nur eine Erweiterung der Sicherheit des Hauptgläubigers, zu dessen Gunsten sie errichtet wurde, erblickt; sie als selbständige Hypothek den gewöhnlichen Kautionshypotheken gleichzustellen und gleich zu behandeln, ist niemand eingefallen. Auch die Gesetzgebung, nämlich die Novelle zur SubhO. ist dieser Anschauung gefolgt und hat die Zinsen- und Kostenkautionen als unselbständige, dem Schicksale der Haupthypotheken folgende Hypothekrechte behandelt, die nur die Rechte der Haupthypothekgläubiger erweitern sollten, aber in keiner Form dem Schuldner zugute kommen und die Rechte der gleich- oder nachstehenden Hypothekgläubiger beeinträchtigen durften. Als in einem Teile von Bayern das Grundbuch für angelegt erklärt wurde, hat zunächst kaum jemand daran gedacht, daß die Zinsen- und Kostenkautionen als selbständige Kautionshypotheken zu Maximalhypotheken des BGB. geworden seien und als solche in Eigentümerhypotheken übergehen könnten. Später wurde zwar da und dort diese Frage erörtert; immerhin hielt es nur selten ein Gläubiger für der Mühe wert, die vielleicht seinem Schuldner als Eigentümer eines mit Hypotheken und den entsprechenden Zinsen- und Kostenkautionen belasteten Grundstückes für den Fall des Erlöschens der ja niemals viel in Anspruch genommenen Nebenkautionen zufallenden Eigentümerhypotheken pfänden zu lassen. Die Subhastationsverfahren konnten in der Regel noch widerspruchslos durchgeführt werden; fast nie kam es vor, daß der Eigentümer (Subhastat) oder, was mehr von Bedeutung war, an seiner Stelle der Konkursverwalter oder Pfändungsgläubiger im Gleichrange mit den Haupthypothekaren und im Vorrange vor den Nachhypothekaren den auf die angeblich zu Eigentümerhypotheken gewordenen Zinsen- und Kostenkautionen entfallenden Teil des Strichschillings beanspruchten. Niemand wollte recht an die Möglichkeit glauben, daß die Zinsen- und Kostenkautionen ebenso wie die gewöhnlichen Kautionshypotheken zu Maximalhypotheken geworden seien und in der Folge Eigentümerhypotheken werden könnten, bis der oben angeführte Beschluß des Obersten Landesgerichts erging und diese Möglichkeit bejahte. Die Gläubiger beeilten sich nun, die Zinsen- und Kostenkautionen, bezw. die an ihre Stelle getretenen oder noch tretenden Eigentümerhypotheken ihrer Schuldner pfänden zu lassen. Die Konkursverwalter nahmen sofort den so unerwarteten Vermögenszuwachs, die an den Gemeinschuldner bereits gefallenen Eigentümerhypotheken oder doch das bedingte, auf künftigen Erwerb dieser Eigentümerhypotheken gerichtete Recht

des Gemeindeschuldners für die Konkursmasse in Anspruch. Was in den früheren, schon längst ohne Widerspruch erledigten Subhastationen versäumt wurde, wird nunmehr nachzuholen versucht. Die Konkursverwalter beanspruchen die in solchen alten Verfahren den Hypothekgläubigern zugeteilten Beträge insoweit für die Masse, als sie auf die damals nicht berücksichtigten Eigentümerhypotheken entfallen wären, und zwar von dem Ansteigerer, weil er sie überhaupt noch nicht oder an einen Nichtberechtigten gezahlt habe, von den Hypothekgläubigern, weil sie um die empfangenen Beträge ungerechtfertigt bereichert seien. Kurrentgläubiger lassen die Ansprüche des Subhastaten pfänden, welche ihm als Inhaber der an die Stelle der Zinsen- und Kostenkautionen getretenen Eigentümerhypotheken gegen den Ansteigerer zustehen, Ansprüche, die der Ansteigerer in dem erledigten Subhastationsverfahren überhaupt nicht (Uebernahme als alleiniger Schuldner) oder um deswillen nicht befriedigt, weil er an die zum Empfange nicht berechtigten Gleich- oder Nachhypothekare gezahlt habe. Ansteigerer und Hypothekgläubiger sind nicht davon zu überzeugen, daß die von den Konkursverwaltern und Pfändungsgläubigern erhobenen Ansprüche mit der Gesetzgebung im Einklange stehen, und lassen es in allen Fällen zu Prozessen kommen. Kein Subhastations- oder Zwangsversteigerungsverfahren kann erledigt werden, ohne daß Widerspruch gegen den Teilungsplan erhoben und im Prozesse darüber entschieden wird.

Die Prozesse über alle diese Ansprüche, die man auf Grund der Entscheidung des Obersten Landesgerichts erheben zu dürfen glaubt, werden demnächst die Gerichte beschäftigen. Die Gerichte werden überall dabei die Grundfrage zu prüfen haben, ob die Zinsen- und Kostenkautionen selbständige Hypotheken waren und als solche in Maximalhypotheken übergeleitet wurden; sie werden diese so folgenschwere Frage ohne Zweifel selbständig würdigen. Das Oberste Landesgericht wird noch wiederholt, und zwar im Revisionswege darüber zu entscheiden haben, wenn man annimmt, daß es sich dabei um eine nur aus dem bayerischen Hypothekenrechte zu beantwortende Frage handelt (§ 549 ZPO., EG. z. ZPO. § 6, KVO. v. 28. Sept. 1879 §§ 1 u. 6). Man kann aber vielleicht mit mehr Recht die Frage als eine solche des BGB. erachten, weil die Ansprüche auf das an die Stelle des bayer. Hypothekengesetzes getretene Recht des BGB. gegründet werden; dann steht die Entscheidung letzter Instanz dem Reichsgerichte zu (§ 8 EG. z. GVG., Art. 6 EG. z. BGB.). Das Reichsgericht hat, abgesehen von der gelegentlichen Bemerkung in dem Beschlusse vom 18. Oktober 1905, die Frage noch nicht entschieden. Das Oberste Landesgericht ist nicht gehalten, die aus seinem Beschlusse vom 23. Juni 1905 abgeleiteten, offenbar überspannten Folgerungen zu billigen. Diejenigen, welche an den Beschluß des Obersten Landesgerichts die Erwartung knüpften, daß damit die so überaus wichtige Frage der Ueberleitung der Zinsen- und Kostenkautionen mit allen ihren weittragenden Folgen für die bayerischen Gerichte ohne weitere sachliche Prüfung entschieden und erledigt sei, können leicht eine Enttäuschung erleben.

Die folgenden Ausführungen sollen einen Beitrag zur Lösung der Frage in der Weise bieten, daß in den beiden ersten Abschnitten die rechtliche Natur der gewöhnlichen Kautionshypotheken des bayerischen Rechtes, denen man ja die Zinsen- und Kostenkautionen gleichstellen will, ihre Ueberleitung in Maximalhypotheken und ihre Behandlung im Subhastations- und Zwangsversteigerungsverfahren und sodann im dritten Abschnitte die Ueberleitung der Zinsen- und Kostenkautionen erörtert werden.

## I.

Das bayerische Hypothekengesetz vom 1. Juni 1822 erwähnt die Kautionshypothek nicht; dennoch ist ihre Zulässigkeit in Theorie und Praxis niemals bezweifelt worden. Die Kautionshypothek des bayerischen Rechtes wurde für zukünftige Forderungen jedweder Art bestellt; gleichgültig war hiebei, ob das Rechtsverhältnis, aus dem die zukünftigen Forderungen hervorgehen sollten, bereits zur Zeit der Bestellung der Hypothek bestand oder erst später ins Leben trat. Die Kautionshypothek war auch ohne Anknüpfung an ein förmliches Rechtsverhältnis (z. B. Pachtverhältnis, Kontokorrent) zulässig, sie konnte auf ein nur tatsächliches Verhältnis (z. B. auf eine schon bestehende oder in Aussicht genommene Geschäftsverbindung) gegründet und für die künftigen Forderungen daraus bestellt werden. Die akzessorische Natur der Hypothek des bayerischen Rechtes galt auch für die Kautionshypothek. Die Kautionshypothek bestand trotz ihrer Eintragung insolange nicht, als nicht die durch sie zu sichernden Forderungen entstanden waren; die Kautionshypothek ging unter, wenn und soweit die durch sie gesicherten Forderungen erloschen. Wenn die Kautionshypothek aus irgend einem Grunde nicht entstand oder später wieder erlosch, kam der freie, bzw. frei gewordene Rang nicht dem Eigentümer, sondern den gleichstehenden oder nachfolgenden Hypothekgläubigern zugute, die im Range entsprechend vorrückten. Das bayerische Recht kannte keine Eigentümerhypothek; dagegen gab es dem Eigentümer die Befugnis, den Rang einer erloschenen, im Hypothekenbuche noch nicht gelöschten Hypothek auf eine neu zu errichtende Hypothek zu übertragen und so das Vorrücken der Hypothekgläubiger zu verhindern. (§ 84 Abs. 1 HG.) Diese Befugnis zur „Hypothekerneuerung" kam, wenn eine Kautionshypothek löschungsreif war, dem Eigentümer nur in sehr beschränktem Maße zu. Der Eigentümer konnte über den Rang der Kautionshypothek erst verfügen, wenn das

ihr zugrunde liegende rechtliche oder tatsächliche Verhältnis (Grundverhältnis) beendigt war, und nur bis zur Höhe desjenigen Betrages, auf welchen in diesem Zeitpunkte die durch die Hypothek gedeckten (späterhin löschungsreif werdenden) Forderungen aufgelaufen waren (Vgl. Regelsberger, Das bayerische Hypothekenrecht § 61 u. S. v. E. d. ObLG. Bd. IX S. 707); dagegen konnte das Vorrücken der Hypothekgläubiger im Wege der Hypothekerneuerung nicht aufgehalten werden, soweit auf die Kautionshypothek Forderungen überhaupt nicht erwachsen oder noch vor der Erledigung des ihr zugrunde liegenden Verhältnisses wieder erloschen waren. Der Zwischenrang zwischen dem Höchstbetrage der Kautionshypothek und dem Betrage der zur Zeit der Erledigung des Grundverhältnisses aufgelaufenen Forderungen kam immer den Gleich- oder Nachhypothekaren zugute; der Eigentümer konnte darüber mittels der Hypothekerneuerung nicht verfügen.

Diese Rechtsstellung der einer Kautionshypothek im Range gleichstehenden oder nachfolgenden Hypothekgläubiger ist durch die Ueberleitung der Kautionshypotheken des bayerischen Rechtes in Maximalhypotheken des BGB. sehr verschlechtert worden. Art. 192 Abs. 1 S. 2 d. EG. z. BGB. bestimmt, daß die Kautionshypotheken von der Zeit an, zu der das Grundbuch für angelegt erklärt ist, als Maximalhypotheken im Sinne des § 1190 BGB. gelten. Erledigt sich das einer Maximalhypothek zugrunde liegende rechtliche oder tatsächliche Verhältnis (wenn also das Grundverhältnis überhaupt nicht ins Leben tritt oder wieder erlischt und in beiden Fällen feststeht, daß aus ihm keine weiteren Forderungen entspringen können), so fällt die Maximalhypothek nach § 1163 Abs. 1 BGB. insoweit an den Eigentümer des Grundstückes, als sie nicht durch die erwachsenen Forderungen in Anspruch genommen ist. Der Zwischenrang zwischen dem Höchstbetrage der zur Maximalhypothek gewordenen bayerischen Kautionshypothek und dem Betrage der aufgelaufenen Forderungen kommt hienach nicht mehr den Gleich- und Nachhypothekaren, sondern dem Eigentümer oder an seiner Stelle denjenigen zugute, welche die Eigentümerhypothek rechtzeitig pfänden ließen; die übrigen Hypothekgläubiger bleiben auf dem ihnen ein für allemal zugewiesenen Rang festgelegt. Die Kommission für die zweite Lesung d. E. d. BGB. (Prot. II S. 524, 631) hat diese Verschlechterung der Rechtsstellung der Hypothekgläubiger vorausgesehen und zu ihrer Abwendung der Landesgesetzgebung den Vorbehalt des Art. 194 d. EG. z. BGB. zur Verfügung gestellt. In Bayern wurde von diesem Vorbehalte kein Gebrauch gemacht und kann, soweit das Grundbuch bereits als angelegt erklärt und damit die Umwandlung der Kautionshypotheken des bayerischen Rechtes in Maximalhypotheken des BGB. eingetreten ist, kein Gebrauch mehr gemacht werden.

Die im vorstehenden niedergelegten Sätze über die Kautionshypothek des bayerischen Rechtes sind zwar nicht alle unbestritten, entsprechen aber der herrschenden theoretischen Anschauung und der Praxis unserer Gerichte; sie führen zu folgenden Ergebnissen:

Die gewöhnlichen Hypotheken des bayerischen Rechtes verwandeln sich in dem Zeitpunkte, zu dem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, in Buchhypotheken des BGB.; Voraussetzung hiefür ist aber, daß die Hypothek im Zeitpunkte der Grundbuchanlegung noch besteht. Wenn und soweit eine im Hypothekenbuche noch nicht gelöschte Hypothek des bayerischen Rechtes in dem bezeichneten Zeitpunkt infolge des Unterganges der ihr zugrunde liegenden Forderung bereits erloschen war, findet ihre Ueberleitung in eine Buchhypothek des bürgerlichen Gesetzbuches nicht statt. Diese Folgerungen lassen sich für die gewöhnlichen Hypotheken in wohl einwandfreier Weise aus Art. 192 Abs. 1 S. 1 EG. z. BGB. ableiten. Auch die Kautionshypotheken des bayerischen Rechtes sollen nach Art. 192 Abs. 1 S. 1 u. S. 2 EG. z. BGB. in Maximalhypotheken des BGB. nur unter der Voraussetzung übergehen, daß sie zur Zeit der Grundbuchanlegung noch bestehen. Die Kautionshypotheken waren nach dem bayerischen Recht, wie schon oben ausgeführt, insolange unwirksam, als nicht die durch sie zu sichernden Forderungen entstanden waren. Man könnte deshalb zu dem Schlusse verleitet werden, daß Kautionshypotheken, auf die im Zeitpunkte der Grundbuchanlegung noch keine Forderungen erwachsen waren, der Ueberleitung in Hypotheken des BGB. nicht fähig sind; dies wäre aber sicherlich unrichtig. Die Frage, ob auf die Kautionshypotheken im Zeitpunkte der Grundbuchanlegung bereits Forderungen entstanden waren, ist für ihre Ueberleitung in Maximalhypotheken bedeutungslos; nicht einmal darauf kommt es an, ob das der Kautionshypothek zugrunde liegende rechtliche oder tatsächliche Verhältnis im Zeitpunkte der Grundbuchanlegung bereits ins Leben getreten, ob also z. B. der Vertrag schon abgeschlossen war, dessen wirtschaftliche Folgen sich der eine Kontrahent im voraus durch die Eintragung der Kautionshypothek hatte sichern lassen. Entscheidend für die Frage der Ueberleitung der Kautionshypotheken ist nur der Umstand, ob aus dem Grundverhältnis nach der Grundbuchanlegnng noch Forderungen entstehen können.

Wenn sich in dem Zeitpunkt, in dem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, das Grundverhältnis der Kautionshypothek bereits erledigt hatte — sei es, daß es überhaupt nicht ins Leben getreten ist und, wie feststeht, auch nicht mehr existent werden wird, sei es, daß es zwar entstanden, aber wieder erloschen ist —, dann findet keine Ueberleitung der Kautionshypothek in eine

Maximalhypothek oder Eigentümerhypothek statt. War in diesem Falle das Grundverhältnis überhaupt nicht ins Leben getreten oder wieder erloschen, ohne daß aus ihm Forderungen entsprungen sind, so hatte der Eigentümer das Recht der Hypothekerneuerung nach dem bayerischen Rechte nicht und entbehrt dieses Rechtes natürlich auch unter der Herrschaft des BGB.; dasselbe gilt, soweit aus dem Grundverhältnisse zwar Forderungen erwachsen, aber noch vor der Erledigung des Grundverhältnisses wieder erloschen sind. Waren dagegen aus dem Grundverhältnisse Forderungen entstanden, die zur Zeit der Erledigung des Grundverhältnisses noch zu Recht bestehen und sodann (jedoch noch vor dem Zeitpunkte der Grundbuchanlegung) erlöschen, so konnte der Eigentümer nach dem bayerischen Recht den Rang der löschungsreifen Kautionshypothek bis zur Höhe dieser aufgelaufenen Forderungen auf eine neu zu errichtende Hypothek übertragen. Dieses Recht der Hypothekerneuerung bleibt dem Eigentümer auch für die Zeit nach der Anlegung des Grundbuchs erhalten; die Rangeinräumung hat aber nach Art. 58 Abs. 1 des Bay. UeG. nur Wirksamkeit gegenüber den im Zeitpunkte der Grundbuchanlegung bereits bestehenden Rechten, insbesondere Hypotheken, nicht auch gegenüber denjenigen Rechten, welche erst nach diesem Zeitpunkt an dem Grundstücke begründet werden. Das Recht der Hypothekerneuerung kann natürlich auch solchen im Range gleichstehenden oder nachfolgenden Hypothekgläubigern gegenüber nicht ausgeübt werden, zu deren Gunsten der Eigentümer auf dieses Recht verzichtet hatte (Rangeinräumungsverzicht). Wenn endlich zwar das Grundverhältnis vor dem Zeitpunkte der Grundbuchanlegung sein Ende gefunden hat, die aus ihm hervorgegangenen Forderungen aber diesen Zeitpunkt überdauern, so hatte sich die Kautionshypothek bereits unter der Herrschaft des bayerischen Rechtes in eine Hypothek mit bestimmtem Forderungsbetrag verwandelt, die gemäß Art. 192 Abs. 1 S. 1 EG. z. BGB. in eine gewöhnliche Buchhypothek übergeht; dementsprechend bestimmen sich auch die weiteren Schicksale einer solchen Hypothek.

War im Zeitpunkte der Grundbuchanlegung das der Kautionshypothek zugrunde liegende rechtliche oder tatsächliche Verhältnis noch nicht erledigt, also auch dann, wenn es zu dieser Zeit noch gar nicht ins Leben getreten ist, aber noch existent werden kann, so verwandelt sich die Kautionshypothek des bayerischen Rechtes in eine Maximalhypothek des BGB. und die Maximalhypothek kann in der Folge gemäß § 1163 Abs. 1 BGB. zur Eigentümerhypothek werden.

Die gewöhnliche (nicht aus der bayerischen Kautionshypothek übergeleitete) Maximalhypothek fällt, soweit auf sie Forderungen entstanden, nach § 1163 Abs. 1 S. 1 BGB. an denjenigen, welcher zur Zeit der Bestellung der Maximalhypothek, und, soweit auf sie Forderungen entstanden, aber wieder erloschen sind, an denjenigen, welcher zur Zeit des Erlöschens der Forderungen Eigentümer des Grundstückes war. Dieser Erwerb der Maximalhypothek durch den einen, bezw. den andern Grundstückseigentümer ist jedoch an die aufschiebende Bedingung geknüpft, daß sich das der Maximalhypothek zugrunde liegende rechtliche oder tatsächliche Verhältnis erledigt und daß die sämtlichen bis zu dieser Erledigung aufgelaufenen Forderungen den Höchstbetrag der Maximalhypothek nicht erreichen, bezw. wenn sie ihn erreichen, wieder insoweit erlöschen, daß ihr Rest hinter dem Höchstbetrage zurückbleibt (E. d. RG. Bd. 51 S. 398, Bd. 55 S. 217, Prot. II S. 688 ff.). Der bei Erledigung des Grundverhältnisses nicht in Anspruch genommene Betrag der Maximalhypothek kann hienach an verschiedene Eigentümer fallen. Das nähere läßt sich am besten an einem Beispiele zeigen. A bestellt am 1. Januar 1903 zur Sicherung der einer Bank aus dem ihm eingeräumten Kontokorrent entstehenden Forderungen eine Maximalhypothek an einem Bauplatze im Höchstbetrage von 20000 Mk.; seine Entnahmen betragen im ersten Jahre des Kontokorrentverhältnisses 10000 Mk., seine Zahlungen 5000 Mk. Am 1. Januar 1904 veräußert er den Bauplatz an B, dem er zusichert, dafür sorgen zu wollen, daß das Grundstück wegen der Kreditkaution von der Bank nicht in Anspruch genommen werde. Der Kontokorrentauszug für den 1. Januar 1905 zeigt, daß A weitere 5000 Mk. von der Bank entnommen und weitere 5000 Mk. an sie zurückgezahlt hat, schließt also wieder mit einem Passivsaldo von 5000 Mk. zu Lasten des A ab. An diesem Tage veräußert B den Bauplatz an C; am 1. Februar 1905 zahlt A der Bank die Restschuld von 5000 Mk. zurück, am 1. April 1905 endet das Kontokorrentverhältnis, ohne daß A weitere Entnahmen bei der Bank gemacht hat. Die Maximalhypothek von 20000 Mk. wird mit der Erledigung des Kreditverhältnisses am 1. April 1905 im vollen Betrag Eigentümerhypothek; sie fällt im Teilbetrage von 5000 Mk. an A, als ihren Besteller, weil insoweit auf sie keine Forderungen entstanden sind (20000 Mk. Höchstbetrag — 15000 Mk. Summe der auf das Kontokorrent gemachten Entnahmen; § 1163 Abs. 1 S. 1 BGB.), in weiteren Teilbeträgen von je 5000 Mk. an A, B und C, weil sie je zu diesen Beträgen unter der jeweiligen Eigentümerzeit des A, B und C zurückgezahlt wurde und erloschen ist (§ 1163 Abs. 1 S. 2 BGB.). Wenn in dem Beispiele A nach dem 1. Januar 1905 weitere 10000 Mk. bei der Bank entnommen hätte und im übrigen alles gleich bleibt, so daß der Kontokorrentauszug für den 1. April 1905 mit einem Passivsaldo von 10000 Mk. abschließt, so wird die Maximalhypothek durch die Summe der auf sie entnommenen Beträge (10000 Mk. + 5000 Mk. + 10000 Mk.)

erschöpft; an A als ihren Besteller kann gemäß § 1163 Abs. 1 S. 1 BGB. keine Eigentümerhypothek fallen, da die entstandenen Forderungen den Höchstbetrag erreichen. Infolge der Zahlungen des A ist allerdings die Maximalhypothek am 1. April 1905 nur noch mit 10000 Mk. in Anspruch genommen; der freie Restbetrag der Hypothek von ebenfalls 10000 Mk. fällt zu je 5000 Mk. an B und C, weil unter ihrer Eigentümerzeit die Maximalhypothek je zu diesen Teilbeträgen zurückgezahlt wurde und erloschen ist. Würde endlich in dem Beispiel A nach dem 1. Januar 1905 weitere 15000 Mk. entnommen haben und sonach der Kontokorrentauszug für den 1. April 1905 mit einem Passivsaldo von 15000 Mk. abschließen, so müßte der nicht in Anspruch genommene Restbetrag der Maximalhypothek von 5000 Mk. an C fallen, unter dessen Eigentümerzeit dieser Teilbetrag durch die Zahlung des A endgültig frei geworden ist.

Was im vorstehenden von dem Uebergange der unter der Herrschaft des BGB. begründeten Maximalhypotheken in Eigentümerhypotheken gesagt wurde, gilt auch von den in Maximalhypotheken übergeleiteten Kautionshypotheken des bayerischen Rechtes; doch bestehen für die Umwandlung der zuletzt bezeichneten Maximalhypotheken in Eigentümerhypotheken einige Besonderheiten. Soweit auf die aus der bayerischen Kautionshypothek übergeleitete Maximalhypothek keine Forderungen entstanden sind (soweit also die Summe aller erwachsenen Forderungen bei Erledigung des Grundverhältnisses hinter dem Höchstbetrage zurückbleibt), fällt die Hypothek an denjenigen, welcher Eigentümer des Grundstückes zur Zeit der Grundbuchanlegung war; der von diesem verschiedene Eigentümer zur Zeit der Bestellung kann die Hypothek nicht erhalten, da sonst die Ueberleitungsgesetzgebung in die vor der Grundbuchanlegung bestandene Rechtslage eingreifen würde, eine Rückwirkung, die vom Gesetzgeber in keinem Falle beabsichtigt war. Aus demselben Grunde kommt die Hypothek in Höhe der noch vor der Grundbuchanlegung erloschenen und nicht wieder aufgelaufenen Forderungsbeträge nicht dem Eigentümer zur Zeit ihres Erlöschens sondern dem Eigentümer zur Zeit der Grundbuchanlegung zugute; der zuletzt bezeichnete Eigentümer erhält in dem Zeitpunkt, in dem das Grundbuch als angelegt erklärt wird, das durch die Erledigung des Grundverhältnisses und die Nichterschöpfung der Maximalhypothek bedingte Recht auf Erwerb der Eigentümerhypothek auch dann, wenn die übrigen Voraussetzungen dieses Rechtserwerbs vor der Grundbuchanlegung und unter einem früheren Eigentümer ins Leben traten. Der Uebergang der an die Stelle der bayerischen Kautionshypothek getretenen Maximalhypothek in die Eigentümerhypothek wird nicht dadurch gehindert, daß der Eigentümer vor der Grundbuchanlegung zugunsten eines der Kautionshypothek im Range gleich- oder nachstehenden Gläubigers auf das Recht der Hypothekerneuerung verzichtet hatte; der Inhaber derjenigen Hypothek, zu deren Gunsten der Rangeinräumungsverzicht geschehen ist, kann aber — unbeschadet der Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs — die Löschung der Eigentümerhypothek verlangen (Art. 59 des bayerischen Uebergangsgesetzes; vergl. auch unten II a. E.).

## II.

Von besonderer Wichtigkeit ist die Behandlung der bayerischen Kautionshypothek und der an ihre Stelle getretenen Maximalhypothek im Verfahren nach dem Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung vom 24. März 1897 und der Bayerischen SubhO. vom 23. Februar 1879 Das ZVG. tritt für jeden Grundbuchbezirk mit dem Zeitpunkt in Kraft, in welchem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist; die Erledigung eines noch vor diesem Zeitpunkte beantragten Verfahrens erfolgt in Bayern nach der SubhO. (§§ 1, 15 EG. z. ZVG.)

Steht dem Eigentümer in dem Falle, wo die Kautionshypothek noch vor Anlegung des Grundbuchs erloschen ist, das Recht der Hypothekerneuerung zu, so erlischt dieses Recht in dem Verfahren nach der SubhO. (Art. 33 Abs. 1 a. a. O.) mit der Beschlagnahme des Grundstückes; die Hypothekerneuerung kann zwar (Art. 33 Abs. 2 d. SubhO.) im Hypotheken- oder Grundbuche noch vorgemerkt werden, hat aber gegenüber den am Subhastationsverfahren beteiligten Gläubigern keine Wirksamkeit (Henle-Ortenau, Komment. zur SubhO. III. Aufl. S. 109 Anm. 2). Richtet sich das Verfahren bereits nach dem ZVG., so ist der Eigentümer in der Hypothekerneuerung insoweit beschränkt, als er dieses Recht nicht zum Nachteile des betreibenden Gläubigers (wenn der betreibende Gläubiger der erloschenen Kautionshypothek im Range gleichsteht oder nachfolgt) ausüben kann (§ 23 ZVG.); gegen die Vormerkung der Hypothekerneuerung im Grundbuche besteht auch hier keine Erinnerung.

Alle über die Kautionshypothek des bayerischen Rechtes von dem Eigentümer nach der Beschlagnahme getroffenen Verfügungen hatten gegenüber den im Subhastationsverfahren beteiligten Gläubigern, wenn sie ihnen nachteilig waren, keine Gültigkeit; daher konnten die nach der Beschlagnahme auf die Kautionshypothek erwachsenen Forderungen im Subhastationsverfahren keine Berücksichtigung finden, gleichviel ob die Kautionshypothek im Mindestgebot stand oder nicht. (A. A. anscheinend Henle-Ortenau a. a. O. S. 169). Dies ist aus Art. 33 Abs. 1 u. 2 d. SubhO. (vgl. auch Art. 2 Abs. 1 u. 2, Art. 6 u. 8 Abs. 2 der Nov. hiezu) abzuleiten. Anders ist die Rechtslage bezüglich der in Maximalhypotheken übergeleiteten Kautionshypotheken zu beurteilen. Da der nicht in An-

spruch genommene Betrag einer solchen Maximalhypothek zur Eigentümerhypothek wird, so gereicht es den im Range gleich- oder nachstehenden Gläubigern nicht mehr zum Nachteile, wenn noch nach der Beschlagnahme Forderungen auf die Maximalhypothek erwachsen. Diese Forderungen kommen daher in jenen Verfahren, die (auf Grund des § 15 d. EG. z. ZVG.) noch nach der SubhO. zu erledigen sind, mit dem Range und bis zum Höchstbetrage der Maximalhypothek zum Zuge. Die Möglichkeit, daß auch nach der Beschlagnahme noch Forderungen auf die Maximalhypothek entstehen und berücksichtigt werden können, findet ihr Ende erst mit dem Untergange der Maximalhypothek.

Die Maximalhypothek erlischt im Subhastationsverfahren an dem Grundstücke mit dem Zuschlag; ohne Einfluß ist dabei, ob sie im Mindestgebote steht oder nicht (Ortenau-Henle a. a. O. S. 146, Art. 55 Ziff. 1 SubhO., Art. 8 Abs. 2 d. Nov. z. B. SubhO., §§ 81, 164 d. B. HypGes.) Die Maximalhypothek geht aber mit dem Zuschlage nicht vollständig unter. Sie erlischt lediglich an dem Grundstücke, das frei von den Hypotheken, welche bar zu zahlen sind, auf den Ansteigerer übergeht, und setzt sich fort am Strichschilling, bzw. an der Forderung auf Zahlung des Strichschillings, die mit dem Zuschlage an die Stelle des Grundstückes tritt. Findet ein gerichtliches Verteilungsverfahren statt, so tritt der vollständige Untergang der Maximalhypothek erst ein, wenn der auf sie im Verteilungsverfahren entfallende Betrag endgültig, nämlich in für die Beteiligten verbindlicher Weise feststeht, also wenn entweder gegen die Einsetzung der Maximalhypothek in den Verteilungsplan im Verteilungstermine kein Widerspruch erhoben oder der erhobene Widerspruch nach den gesetzlichen Vorschriften erledigt worden ist. (Art. 117 ff. SubhO.) Im Falle der außergerichtlichen Ausweisung des Strichschillings (Art. 96 SubhO.) steht die Höhe der durch die Maximalhypothek gedeckten Beträge in für die Beteiligten bindender Weise erst mit dem widerspruchslosen Ablaufe der zweiwöchigen Frist des Art. 96 Abs. 1 SubhO. fest; erst in diesem Zeitpunkte tritt deshalb hier das vollständige Erlöschen der Maximalhypothek ein. Der Gläubiger wird sich regelmäßig schon vor den bezeichneten Zeitpunkten gegenüber dem Ansteigerer über die Höhe der auf die Maximalhypothek aufgelaufenen Forderungen erklären und vielfach auch schon vorher von dem Ansteigerer direkt befriedigt werden; in einer solchen Erklärung, bzw. in der Annahme der Valuta dürfte ein Verzicht des Gläubigers auf weitere Inanspruchnahme der Maximalhypothek liegen und diese selbst deshalb endgültig erlöschen. Solange nicht die Maximalhypothek in der einen oder anderen Weise vollständig erloschen ist, kann der Schuldner auch nach dem Zuschlage noch Beträge auf sie entnehmen, die im Subhastationsverfahren zu berücksichtigen sind.

Der auf die Kautionshypothek treffende Teil des Strichschillings war nach der SubhO. (Art. 6 und Art. 8 Abs. 2 der Novelle) immer bar zu zahlen, selbst dann, wenn sie im Mindestgebot stand. Dieser Barzahlungspflicht konnte der Ansteigerer beim gerichtlichen Verteilungsverfahren sowohl wie bei der außergerichtlichen Ausweisung des Strichschilligs dadurch entgehen, daß er sich in Ansehung der auf die Kautionshypothek aufgelaufenen Forderungen von dem Gläubiger als alleinigen Schuldner übernehmen ließ (Art. 55 Ziff. 1, Art. 96 SubhO.). Gegenstand der Uebernahme war in diesen Fällen nicht die Kautionshypothek als solche; die Kautionshypothek konnte auch im Wege der Uebernahme nicht aufrechterhalten werden, mußte vielmehr nach Maßgabe der oben aufgestellten Grundsätze erlöschen. Der Ansteigerer konnte an Stelle der Kautionshypothek nur eine gewöhnliche Hypothek in Höhe der auf die Kautionshypothek aufgelaufenen Forderungen übernehmen; die Höhe dieser Forderungen war vorher unter den Beteiligten festzusetzen. Dieses Ergebnis mag auf den ersten Blick befremdlich erscheinen. Allein die Aufrechterhaltung der Kautionshypothek als solcher wäre nur in der Weise denkbar gewesen, daß entweder das Grundverhältnis unverändert zwischen Subhastaten und Gläubiger fortbestand oder daß der Ansteigerer in dieses Grundverhältnis auf Grund besonderer Vereinbarung mit dem Gläubiger eintrat. Beide Auswege wären schon nach der Sachlage nicht immer gangbar,[1]) jedenfalls aber mit dem von der bayer. SubhO. aufgenommenen Institute der „Alleinschuldnerübernahme" nicht in Einklang zu bringen gewesen. Der Ansteigerer konnte der Verpflichtung, den Strichschilling bar zu zahlen, dadurch entgehen, daß er sich von den Gläubigern als Alleinschuldner annehmen ließ und damit den Subhastaten von der persönlichen Haftung befreite. Dieses Ziel konnte bei Kautionshypotheken natürlich nicht erreicht werden, wenn die Hypotheken ohne Eintritt des Ansteigerers in das Grundverhältnis liegen blieben, ebensowenig aber so, daß der Ansteigerer in das Grundverhältnis eintrat; denn bei solchem Eintritt in das Grundverhältnis hätte der Ansteigerer keine fremden, ihm auf den Strichschilling anzurechnende Schulden übernommen.

In den zur Zeit der Anlegung des Grundbuchs anhängigen Verfahren, die noch nach der bayerischen Subhastationsordnung durchzuführen sind, finden die bezeichneten Sätze auf die aus den Kautionshypotheken übergeleiteten Maximalhypotheken entsprechende Anwendung. Ist die

---

[1]) Bestand z. B. an einem Gastwirtsanwesen eine Hypothek zur Sicherung aller Ansprüche, die einem Bierbrauer aus der Verletzung des mit dem Eigentümer abgeschlossenen Bierlieferungsvertrages künftig entstehen, so konnte ein Beamter, der das Anwesen ersteigerte, keinesfalls in dieses Grundverhältnis eintreten.

Maximalhypothek, wie regelmäßig, bar zu zahlen, so gehören die betreffenden Beträge, soweit zur Zeit des Erlöschens der Hypothek Forderungen aufgelaufen sind, dem Gläubiger, soweit die Hypothek nicht in Anspruch genommen ist, dem Eigentümer, bzw. den verschiedenen Eigentümern (siehe dazu das Beispiel unter I oben). Soll an Stelle der Barzahlung die Uebernahme treten, so muß sich der Ansteigerer dementsprechend von dem Gläubiger, bzw. den Eigentümern je zu den ihnen zustehenden und vorher festzusetzenden Beträgen als Alleinschuldner übernehmen lassen.

In vielen Fällen wird zur Zeit des im Subhastationsverfahren erfolgenden Erlöschens der Maximalhypothek das ihr zugrunde liegende rechtliche oder tatsächliche Verhältnis noch bestehen; nach den Ausführungen unter I oben soll aber die Umwandlung der Maximalhypothek in die Eigentümerhypothek erst mit der Erledigung des Grundverhältnisses stattfinden. Es liegt deshalb der Schluß nahe, daß die Maximalhypothek im Zeitpunkt ihres Erlöschens, weil das Grundverhältnis bis dahin fortbestand, nicht zur Eigentümerhypothek werden kann, späterhin aber erst recht nicht, weil sie eben dann nicht mehr besteht; dem Sinne der Bestimmungen des § 1163 Abs. 1 S. 2 und des § 1190 BGB. dürfte jedoch besser die Annahme entsprechen, daß auch hier die Maximalhypothek im Zeitpunkt ihres Erlöschens in die Eigentümerhypothek übergeht. Das Grundverhältnis mag ja als rein persönliches Verhältnis das Erlöschen der Maximalhypothek überdauern; in seiner Eigenschaft aber als Grundverhältnis, als Quelle der durch die Maximalhypothek zu sichernden Forderungen folgt es dem Schicksale der Maximalhypothek, erlischt mit ihr und bringt im Erlöschen noch die Eigentümerhypothek zur Entstehung.

Nach dem ZVG. sind die zuletzt erörterten Fragen so ziemlich in derselben Weise zu entscheiden wie nach der SubhO. Auch in denjenigen Verfahren, welche erst nach der Grundbuchanlegung anhängig werden und deshalb nach dem ZVG. zu erledigen sind, findet die nicht im Mindestgebote stehende Maximalhypothek mit dem Zuschlage noch nicht ihr völliges Ende; sie erlischt nur an dem Grundstück (§ 91 ZVG.) und setzt sich fort an dem Versteigerungserlös. Ebenso wie oben tritt der völlige Untergang der Maximalhypothek im Verteilungsverfahren erst mit der für die Beteiligten verbindlichen (wenn im Verteilungstermin kein Widerspruch erhoben oder der erhobene Widerspruch erledigt worden ist) Feststellung der auf sie aufgelaufenen Beträge (§ 115 ZVG.), bei der außergerichtlichen Ausweisung des Strichschillings mit der Einigung der Beteiligten (§ 143 ZVG.) oder mit dem Ablaufe der zweiwöchigen Frist des § 144 Abs. 1 ZVG., endlich regelmäßig schon vorher damit ein, daß der Gläubiger dem Ansteigerer die Höhe seiner auf die Maximalhypothek entstandenen Forderungen bekannt gibt. Bis dahin können auf die Maximalhypothek noch weitere Forderungen entstehen; ihrer Berücksichtigung im Zwangsversteigerungsverfahren steht das Veräußerungsverbot des § 23 ZVG. nicht im Wege, da dem betreibenden Gläubiger kein Nachteil erwächst (vgl. v. d. Pfordten, Kommentar z. ZVG. S. 77).

Wenn die Maximalhypothek im Zwangsversteigerungsverfahren erlischt, geht sie nach der allgemeinen Regel in die Eigentümerhypothek über. Der dagegen denkbare und schon oben zurückgewiesene Einwand, daß das Grundverhältnis das Erlöschen der Maximalhypothek überdauern könne, ist auch hier aus denselben Gründen abzulehnen. Ist die Maximalhypothek, weil nicht im Mindestgebot stehend, bar zu zahlen, so erhält der Gläubiger den Betrag, auf welchen zur Zeit ihres Erlöschens die aus dem Grundverhältnis entsprungenen Forderungen aufgelaufen waren; der nicht erschöpfte Betrag gehört dem Eigentümer oder den verschiedenen Eigentümern. Werden diese Beträge vom Ersteher nicht spätestens im Verteilungstermin berichtigt (§ 49 ZVG.), so werden die ihnen entsprechenden Forderungen gegen den Ersteher auf den Gläubiger oder die Eigentümer übertragen; für diese Forderungen sind Sicherungshypotheken mit dem Range der Maximalhypothek einzutragen (§§ 118, 128 ZVG.). Im Verfahren können Schwierigkeiten entstehen, wenn die Höhe der nach Angabe des Gläubigers auf die Maximalhypothek entstandenen Forderungen unsicher ist, insbesondere von den Beteiligten in Zweifel gezogen wird, ferner wenn ungewiß, wem der nicht in Anspruch genommene Teil der Maximalhypothek als Eigentümerhypothek zuzuteilen ist. In diesen Fällen wären in Ansehung der Maximalhypothek — unter Umständen nur bezüglich eines Teiles der Maximalhypothek — die Personen der Berechtigten unbekannt; es wäre wohl nach §§ 126, 135 ZVG. zu verfahren.

Auch in dem Verfahren nach dem ZVG. kann die Barzahlung einer Hypothek dadurch vermieden werden, daß ihre Aufrechterhaltung zwischen dem Gläubiger und dem Ersteher vereinbart wird. Die Uebernahmevereinbarung ist sowohl bei der Durchführung des Verteilungsverfahrens (§ 91 Abs. 2 u. 3 ZVG.) als auch bei der außergerichtlichen Verteilung (§§ 143, 144 ZVG.) des Versteigerungserlöses zulässig. Durch die Uebernahme der Hypothek soll die Barzahlung ersetzt werden; deshalb mindert sich das Bargebot um den Betrag der Hypothek (§ 91 Abs. 3 ZVG.). Dieses Ziel kann bei der Maximalhypothek nicht dadurch erreicht werden, daß ihre Aufrechterhaltung als solche vereinbart wird. Die aufrechterhaltene Maximalhypothek würde, wenn sie nach der Erledigung des Zwangsversteigerungsverfahrens erlischt, an Personen fallen, die im voraus nicht zu bestimmen sind. Die Aufrechterhaltung der Maximal-

hypothek müßte aber außer mit dem Gläubiger auch mit denjenigen Personen vereinbart werden, welchen als Eigentümern das bedingte Recht auf Erwerb ihres nicht in Anspruch genommenen Betrages zusteht. Daraus, daß diese bedingt Berechtigten nicht sicher zu bezeichnen sind, würde sich eine kaum zu beseitigende Schwierigkeit ergeben. Die Maximalhypothek könnte ferner später auch an den Ersteher als Eigentümer fallen, so daß sich nicht voraussehen läßt, in wieweit ihre Aufrechterhaltung für den Ersteher eine wirkliche, den Wert des Grundstückes mindernde Last bedeutet. Wollte der Ersteher durch Aufrechterhaltung der Maximalhypothek seine Barzahlungspflicht mindern, so könnte diese Minderung dem Betrage nach nicht bestimmt werden. Aus diesen Gründen muß die Möglichkeit, daß eine Maximalhypothek durch Vereinbarung zwischen Gläubiger und Ersteher aufrechterhalten und so der bar zu zahlende Teil des Meistgebotes herabgesetzt wird, entfallen. An Stelle der Maximalhypothek, die als solche nach den obenbezeichneten Grundsätzen erlischt, kann aber zwischen ihren Inhabern — nämlich dem Gläubiger, soweit Forderungen auf sie aufgelaufen sind, und den Eigentümern, soweit sie nicht in Anspruch genommen ist — einerseits und dem Ersteher andererseits die Aufrechterhaltung einer gewöhnlichen je zu den entsprechenden bestimmten Beträgen dem Gläubiger, bzw. den Eigentümern zustehenden Hypothek vereinbart werden.

Im Gegensatze zum bayerischen Rechte soll die Maximalhypothek nach § 52 ZVG. bestehen bleiben, wenn sie im Mindestgebote steht; wenn nicht, so kann ihre Aufrechterhaltung durch Abänderung der gesetzlichen Versteigerungsbedingungen erreicht werden (§ 59 ZVG.). Man wird in diesen Fällen die Aufrechterhaltung der Maximalhypothek als solcher zugeben müssen, so unsicher auch damit die Rechtslage wird. Die Maximalhypothek erlischt natürlich auch hier, wenn sich das Grundverhältnis erledigt, und das Grundverhältnis wird häufig gerade infolge der durch das Zwangsversteigerungsverfahren geschaffenen, bezw. veränderten Sachlage sein Ende finden. Soweit aber das Grundverhältnis, z. B. ein Kreditverhältnis, die Zwangsversteigerung überdauert, besteht die Maximalhypothek fort. Der Schuldner (Subhastat) kann auch nach der Erledigung des Verfahrens die Maximalhypothek noch ausfüllen. Erledigt sich später das Grundverhältnis, so kann die Maximalhypothek als Eigentümerhypothek an andere Personen fallen, als früher, wenn sie im Zwangsversteigerungsverfahren erloschen wäre; sie wird insbesondere auch dem Ersteher als nunmehrigen Eigentümer zugute kommen können. Die hieraus sich unter Umständen ergebenden Unbilligkeiten können im Zwangsversteigerungsverfahren nicht ausgeglichen werden; die §§ 50, 51 ZVG. treffen auf solche Fälle kaum zu. Dagegen wären Bereicherungsansprüche gegen den Ersteher denkbar, die im gewöhnlichen Prozeßwege auszutragen sind. Haftet bei einer im Mindestgebote berücksichtigten und deshalb bestehen bleibenden Hypothek der Schuldner persönlich, so übernimmt nach § 53 ZVG. der Ersteher die Schuld in Höhe der Hypothek. Man könnte an die analoge Anwendung dieser Bestimmung auf Maximalhypotheken in der Weise denken, daß der Ersteher in das Grundverhältnis eintritt; ein solcher Eintritt wäre aber, wie das obige Beispiel zeigt, in vielen Fällen nach der Sachlage unmöglich und ist sicherlich abzulehnen. In der Praxis werden manchmal dem Vollstreckungsrichter Vereinbarungen zwischen Gläubiger und Ersteher vorgelegt, wonach letzterer in das Grundverhältnis der Maximalhypothek eintreten will; solche Vereinbarungen zielen auf Aufhebung der Maximalhypothek und deren Ersetzung durch eine neue Höchstbetragshypothek anderweitigen Inhalts ab und sind dementsprechend nicht im Vollstreckungsverfahren, sondern nach den allgemeinen Regeln (mit Zustimmung der Eigentümer als eventueller Erwerber der Eigentümerhypothek; § 1183 BGB.) außerhalb dieses Verfahrens durch Eintragung in das Grundbuch zu verwirklichen. Die Bestimmung des § 53 ZVG. kann dagegen in der Art auf die Maximalhypothek Anwendung finden, daß der Ersteher in die persönliche Haftung für die einzelnen durch sie gesicherten Forderungen eintritt; dann taucht aber die Frage auf, ob der Ersteher die persönliche Haftung nur für die bis zur Erledigung des Zwangsversteigerungsverfahrens aufgelaufenen oder für alle bis zum Erlöschen der Maximalhypothek erwachsenden Forderungen übernehmen muß. Der § 53 ZVG. setzt bereits bestehende Forderungen voraus. Soweit bis zur Beendigung der Zwangsversteigerung Forderungen auf die Maximalhypothek erwachsen sind, wird man daher den Eintritt des Erstehers in die persönliche Haftung bejahen, im übrigen aber ablehnen müssen.

Hatte der Eigentümer vor der Anlegung des Grundbuchs auf das im § 84 d. bayer. HypG. bestimmte Recht zugunsten eines der Kautionshypothek im Range gleich- oder nachstehenden Gläubigers verzichtet, so hindert der Rangeinräumungsverzicht nicht die Entstehung der Eigentümerhypothek; der begünstigte Gläubiger kann aber ihre Löschung verlangen (Art. 59 d. bayer. UeGG. und oben unter I a. E.). Hienach geht die aus der bayerischen Kautionshypothek übergeleitete Maximalhypothek auch dann in die Eigentümerhypothek über, wenn, wie so häufig, im bayerischen Hypotheken- oder Grundbuch ein Rangeinräumungsverzicht eingetragen ist; diese Umwandlung tritt nach den allgemeinen Grundsätzen mit dem Erlöschen der Maximalhypothek sowohl innerhalb des Verfahrens nach der bayerischen SubhO. oder dem ZwVG. als auch außerhalb eines solchen Verfahrens ein. Der von den Inhabern der Eigentümerhypothek verschiedene Eigentümer

des Grundstückes kann gegen die Geltendmachung der Eigentümerhypothek keine Einwendung erheben; nur die Gläubiger, zu deren Gunsten der Rangeinräumungsverzicht geschehen ist, können nötigenfalls im Wege der Klage die Zustimmung der Eigentümerhypothekare zur Löschung der Hypothek erzwingen. Der Untergang der Eigentümerhypothek tritt erst mit ihrer Löschung ein; ihr Untergang wird nicht etwa auf den Zeitpunkt, in dem die Maximalhypothek erloschen ist, zurückbezogen. Ganz im Einklange damit steht es, daß Art. 59 des bayer. UeGG. den Rangeinräumungsverzicht einer im Grundbuch eingetragenen Vormerkung des Anspruches auf Löschung und nicht etwa einem Widerspruche gegen die Richtigkeit des Grundbuchinhaltes gleichstellt. Die Eigentümerhypothek kann trotz des Rangeinräumungsverzichtes gepfändet und übertragen werden; der Anspruch auf Löschung richtet sich aber auch gegen den Pfändungsgläubiger und gegen den Cessionar, gegen den letzteren unter der Voraussetzung, daß er sich nicht auf gutgläubigen Erwerb (§ 892 BGB.) berufen kann. Bei dieser Rechtslage ergeben sich für das Vollstreckungsverfahren folgende Grundsätze: Im Verfahren nach der SubhO. ist die Maximalhypothek zum Höchstbetrag in das Mindestgebot einzusetzen; die Möglichkeit, daß die Maximalhypothek zur Eigentümerhypothek werden kann oder schon geworden ist und daß ihre Löschung als Eigentümerhypothek auf Grund des Rangeinräumungsverzichtes verlangt werden und erfolgen kann, bleibt bei der Festsetzung des geringsten Gebotes außer Betracht. Für das Verteilungsverfahren kommen die Bestimmungen über die Ersatzübernahme (Art. 7 und 35 d. Nov. z. bayer. SubhO.) nicht in Frage, da die Maximalhypothek nach den gesetzlichen Versteigerungsbedingungen bar zu zahlen ist und erlischt. Dagegen wird die Eigentümerhypothek, weil auf Grund des Rangeinräumungsverzichtes ihre Löschung verlangt und so ihr Untergang herbeigeführt werden kann, einer auflösend bedingten Forderung gleichzuachten und im Verteilungsverfahren gemäß Art. 111, 112, 116 SubhO. zu behandeln sein; der auf sie treffende Betrag ist also ihren Inhabern regelmäßig nur gegen Sicherheitsleistung auszufolgen. Ob die Eigentümerhypothek im Mindestgebote steht oder nicht, macht dabei keinen Unterschied. In der Praxis wird sich das Verfahren in der Regel dadurch vereinfachen lassen, daß sich die Inhaber der Eigentümerhypothek freiwillig zu ihrer Löschung verstehen oder doch dem Vollstreckungsgerichte gegenüber eine diesbezügliche Erklärung abgeben; dann werden der Eigentümerhypothek im Verteilungsverfahren ohne weiteres diejenigen Rechte vorgezogen, zu deren Gunsten der Rangeinräumungsverzicht erteilt ist.

Im Verfahren nach dem ZVG. wird die Maximalhypothek gleichfalls ohne Rücksicht auf den Rangeinräumungsverzicht und dessen Konsequenzen zum Höchstbetrag im Mindestgebote berücksichtigt (§ 48 ZVG). Steht (spätestens im Verteilungstermine), fest, daß die im Mindestgebot berücksichtigte Maximalhypothek wegen Erledigung ihres Grundverhältnisses erloschen ist, so ist die an ihre Stelle getretene Eigentümerhypothek wegen des Rangeinräumungsverzichts auch hier als mit einer auflösenden Bedingung behaftet zu erachten. Deshalb erhöht sich gemäß § 50 ZVG. die Zahlungspflicht des Erstehers um den Betrag der Eigentümerhypothek, wenn später die auflösende Bedingung eintritt, nämlich die Löschung der Eigentümerhypothek auf Grund des Rangeinräumungsverzichts erfolgt. Der auf die Eigentümerhypothek treffende Betrag ist im Verteilungsverfahren nach § 125 ZVG., falls ihre Löschung bereits erfolgt ist, unbedingt, andernfalls aber unter der Bedingung ihrer Löschung denjenigen (außerdem durchfallenden) Gläubigern (durch Uebertragung der Forderung gegen den Ersteher) zuzuteilen, zu deren Gunsten der Rangeinräumungsverzicht eingetragen ist. Besteht das Grundverhältnis der im Mindestgebote berücksichtigten Maximalhypothek fort, so bleibt die Maximalhypothek als solche auf dem Grundstücke liegen; im Zwangsversteigerungsverfahren tritt ihre Umwandlung in eine Eigentümerhypothek nicht ein. Die Möglichkeit, daß sie, wenn nach Beendigung des Verfahrens das Grundverhältnis erlischt, in eine Eigentümerhypothek übergehen kann, findet nach den obigen Ausführungen im Zwangsversteigerungsverfahren keine Berücksichtigung; ebensowenig kann aber im Verfahren darauf Rücksicht genommen werden, daß die vielleicht später entstehende Eigentümerhypothek wegen des Rangeinräumungsverzichtes wieder gelöscht werden und untergehen kann. Dies kann, wie folgendes Beispiel zeigt, zu Verwicklungen führen, deren Lösung nicht einfach ist. Auf dem am 1. November 1905 im Zwangswege versteigerten Grundstücke des A. war an erster Stelle für den B. eine Kreditkautionshypothek bis zum Höchstbetrage von 20 000 Mk. eingetragen, die, weil im Mindestgebote stehend, liegen blieb, an zweiter Stelle eine Hypothek des C., die noch mit 5000 Mk. zum Zuge kam und insoweit wegen Zahlung und im übrigen wegen Unzureichendheit des Versteigerungserlöses gelöscht wurde. Der Eigentümer A. hatte laut Eintrag im Hypothekenbuche (noch vor der Anlegung des Grundbuchs) zugunsten des C. darauf verzichtet, bei Löschungsreife der Kreditkaution ihren Rang einem anderen Hypothekgläubiger zu übertragen. Bei Beendigung des Kreditverhältnisses am 1. Januar 1906 betragen die auf die Kautionshypothek aufgelaufenen Forderungen 10 000 Mk.; in Höhe des Rests von 10 000 Mk. fällt die Maximalhypothek an den Eigentümer. Angenommen, sie fällt an den früheren Eigentümer A. zurück, dann ist der Anspruch des C., zu dessen Gunsten A. auf die Rangeinräumung verzichtet hatte, auf Löschung der Eigentümerhypothek gegen-

standslos, da die Hypothek des C. schon vorher erloschen ist und gelöscht wurde, ihr Rang also nicht mehr verbessert werden kann. Dagegen wird C. von A. nunmehr verlangen können, daß er ihm die Eigentümerhypothek in Höhe von 5000 Mk. übertrage oder den entsprechenden Geldbetrag ersetze. Die Eigentümerhypothek kann statt an A. an den Ersteher fallen, aber auch an ihn wohl nur behaftet mit dem Rangeinräumungsverzicht und dessen rechtlichen Folgen, so daß C. gegen den Ersteher denselben Anspruch wie gegen A. erheben kann. Steht die Maximalhypothek nicht im Mindestgebot und ist deshalb die an ihre Stelle tretende Eigentümerhypothek zu zahlen, so ist der auf sie treffende Betrag, falls die Löschung der Eigentümerhypothek nachgewiesen wird, denjenigen Gleich- oder Nachhypothekaren zuzuweisen, zu deren Gunsten der Rangeinräumungsverzicht eingetragen ist, andernfalls zunächst dem Inhaber der Eigentümerhypothek und eventuell, nämlich für den Fall ihrer Löschung, den bezeichneten Gleich- und Nachhypothekaren (§ 119 ZVG.). Auch in dem Verfahren nach dem ZwVG. wird sich die Sachbehandlung dadurch vereinfachen lassen, daß die Inhaber der Eigentümerhypothek mit Rücksicht auf den Rangeinräumungsverzicht auf ihre Berücksichtigung im Verteilungsverfahren verzichten.

(Schluß folgt.)

---

# Zur Abgrenzung des Verwaltungsstrafverfahrens vom ordentlichen Verfahren.

Von Amtsrichter Josef **Bleyer** in München.

Das bayerische Landesrecht hat von der ihm nach § 6 Abs. 2 Nr. 3 EG. z. StPO. und § 13 GVG. zustehenden Befugnis, zur Entscheidung über Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben ein besonderes Verwaltungsstrafverfahren zu schaffen, einen ausgiebigen Gebrauch gemacht. Die grundlegenden Bestimmungen, auf welche die Sondergesetze regelmäßig verweisen, sind in den Art. 85 f. des AG. z. StPO. zu finden. Eine erschöpfende Aufführung der übrigen gesetzlichen und Vollzugsvorschriften ist hier nicht veranlaßt.

Wichtig sind die Kgl. Verordnung vom 1. Oktober 1879, das Verfahren in Zollstrafsachen betr. (GVBl. S. 1379), sodann die ministerielle Anweisung zur Behandlung der Zoll- und Aufschlagstrafsachen (GVBl. 1879 S. 1382 ff.), im folgenden kurz als „Anweisung" zitiert. Von größerer Bedeutung sind noch Art. 22 des Hausiersteuerges. vom 10. März 1879, 20. Dezember 1897 mit der Bek. vom 25. Oktober 1879 (GVBl. S. 1467), Art. 294 des Gebührenges., Art. 72, bzw. 37, bzw. 68 des Einkommen-, bzw. Kapitalrenten-, bzw. Gewerbesteuergesetzes.

Die Berührungen des Verwaltungsstrafverfahrens mit dem ordentlichen Verfahren sind, abgesehen von den beschränkenden Bestimmungen der §§ 459 ff. StPO., sehr zahlreich. Die Uebergänge zum ordentlichen Verfahren liegen nicht immer klar zutage und bieten in der Praxis manche Schwierigkeiten, von denen hier einige besprochen werden sollen.

## I.

In welchem Verhältnisse steht in den dem Verwaltungsstrafverfahren unterworfenen Sachen die Zuständigkeit der Gerichte zu der der Verwaltungsbehörden? Ist sie gleichberechtigt oder tritt sie nur ausnahmsweise ein? Das Oberste Landesgericht hat den Satz aufgestellt, daß die Gerichte erst tätig werden, wenn von der zuständigen Verwaltungsbehörde die Einleitung des gerichtlichen Verfahrens veranlaßt oder vom Beschuldigten auf gerichtliche Entscheidung angetragen ist (E. in Str.-S. Bd. 3 S. 20). Aus diesem (mit einer noch zu erwähnenden kleinen Einschränkung) zweifellos richtigen Grundsatze ergibt sich, daß für die als primär und regelmäßig anerkannte Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden die Vermutung spricht. Die gerichtliche Zuständigkeit als Ausnahme-Zuständigkeit tritt nur ein, wenn sie in den maßgebenden Rechts- und Verwaltungsnormen ausdrücklich vorgesehen oder wenigstens zugelassen ist. Das ist der Fall:

1. wenn nach erlassenem Strafbescheid der Beschuldigte gem. §§ 459 ff. der StPO. auf gerichtliche Entscheidung anträgt,
2. wenn die Verwaltungsbehörde auf ihre Zuständigkeit im Einzelfalle verzichtet.

Der Verzicht der Verwaltungsbehörde liegt teils in ihrem freien Ermessen, da sie grundsätzlich befugt ist, solange ein Strafbescheid noch nicht erlassen ist, sich ohne Angaben von Gründen der Entscheidung zu enthalten (vgl. Art. 90 Abs. 3 AG. z. StPO.), teils ist er durch die maßgebenden gesetzlichen und Dienstesvorschriften allgemein vorgeschrieben. Eine gesetzliche Schranke enthält der Art. 89 a. a. O. Darnach gilt der Strafbescheid „als nicht erlassen", wenn der Beschuldigte — wie häufig — die unterschriftliche Bestätigung der mündlichen Eröffnung zu Protokoll oder im Falle der Zustellung die schriftliche Bestätigung des Empfangs verweigert. Da sonach die gewöhnliche Ersatz- und Zwangszustellung hier ausgeschlossen ist, kommt es auf den guten Willen des Beschuldigten an, ob er die Erlassung des Strafbescheids ermöglichen will. Weigert er sich, so ist der Strafbescheid nach außen hin nicht zum rechtlichen Leben gelangt, es ist bei dem Versuche geblieben, ihn zu erlassen. Daraus ergeben sich wichtige Folgerungen für das sich anschließende gerichtliche Verfahren.

Durch Verwaltungsvorschriften ist der Verzicht auf die Zuständigkeit in einer Reihe von Fällen vorgeschrieben (siehe zit. Anweisung §§ 9, 10 Abs. 1,

11a Abs. 2 und 5, 12). Wichtig ist, daß die Gerichte ausschließlich zu entscheiden haben, wenn der Beschuldigte oder einer der Beschuldigten zur Zeit der Begehung jugendlich war (§ 9 Ziff. 4), weil hier die in § 56 Abs. 1 StGB. geforderte Einsicht festzustellen ist. In solchen Fällen, in welchen die ausschließliche Zuständigkeit der Gerichte anerkannt ist, muß mit der Verfolgung im ordentlichen Verfahren nicht gewartet werden, bis die Verwaltungsbehörde einen darauf gerichteten Antrag stellt — eine selbstverständliche Einschränkung des oben aufgestellten Regelsatzes.

II.

Bei der Durchführung des gerichtlichen Verfahrens sind folgende zwei Hauptgruppen von Fällen zu unterscheiden:

1. Es liegt ein nach Art. 89 a. a. O. formell gültig erlassener Strafbescheid vor, gegen den der Beschuldigte zulässig auf gerichtliche Entscheidung angetragen hat. Dann bestimmt sich das weitere Verfahren nach §§ 460 ff. StPO. Der Strafbescheid ist seine notwendige Grundlage, er vertritt Anklageschrift und Eröffnungsbeschluß. Die Staatsanwaltschaft ist zur Erhebung der öffentlichen Klage weder verpflichtet noch berechtigt. Sie hat zunächst nur die Akten dem Gerichte vorzulegen, mag sie mit dem Strafbescheid einverstanden sein oder nicht. Das Gericht darf über die Eröffnung des Hauptverfahrens keine Entscheidung treffen. Ist die Strafkammer des Landgerichts sachlich zuständig (vgl. Art. 85 a. a. O.), so darf sie die Verhandlung und Entscheidung dem Schöffengerichte nicht überweisen. Das Strafbefehlverfahren ist ausgeschlossen. Eine vom Strafbescheid etwa abweichende Anschauung kann die Staatsanwaltschaft erst in der Hauptverhandlung, das Gericht erst im Urteil zur Geltung bringen.

2. In allen übrigen Fällen, auch dann, wenn der Strafbescheid gem. Art. 89 a. a. O. „als nicht erlassen" gilt, greift — von der besonderen Rechtsstellung der Verwaltungsbehörden abgesehen — das ordentliche Verfahren von vorneherein Platz. Durch ungenaue Wendungen der Dienstanweisungen darf man sich nicht zu falschen Schlüssen verleiten lassen. Der in § 10 Abs. 1 der zit. Anweisung erwähnte Antrag des Beschuldigten auf gerichtliche Entscheidung vor Erlaß des Strafbescheids steht dem Antrag nach Erlaß und gültiger Bekanntmachung nicht gleich; ebensowenig die Fälle, in denen die Verwaltungsbehörde die Weigerung des Beschuldigten, sich auf das Verwaltungsverfahren einzulassen, einem Antrag auf gerichtliche Entscheidung gleichachten soll (vgl. die Anweisung § 11a Abs. 5 und § 12). Bei der Auslegung dieser Anweisung ist sorgsam zu beachten, daß sie auf Grund des Art. 86 AG. z. StPO. ergangen nur das Verfahren im Verwaltungswege, nicht das gerichtliche Verfahren regeln will und kann.

Daraus ist zu folgern:

a) In allen nicht nach 1 zu behandelnden Fällen hat dem gerichtlichen Verfahren im engeren Sinne die Erhebung der öffentlichen Klage (in der Regel) durch die Staatsanwaltschaft vorauszugehen, die darüber nach dem ihr allgemein eingeräumten Ermessen entscheidet.

b) Die öffentliche Klage kann je nach der sachlichen Zuständigkeit im Einzelfalle erhoben werden:
   - α) durch den Antrag auf Erlassung eines Strafbefehls (zulässig, aber nicht zweckmäßig, auch wenn ein Strafbescheidverfahren schon vorausgangen, aber mangels formell gültiger Bekanntmachung oder wegen unbekannten Aufenthalts des Beschuldigten nicht zum Abschluß gelangt ist),
   - β) durch mündliche Erhebung der Anklage nach § 211 StPO.,
   - γ) durch Einreichung der Anklageschrift.

Für die Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens gelten ebenfalls die allgemeinen Vorschriften. Wenn die Strafkammer das Hauptverfahren eröffnet, kann sie gem. § 75 Abs. 1 Nr. 15 GVG. die Verhandlung und Entscheidung dem Schöffengericht überweisen.

---

## Mitteilungen aus der Praxis.

**Katasterumschreibung aus Anlaß von Todesfällen.** Nach § 8 der Min.-Bek. vom 24. März 1903, betr. die Katasterumschreibung aus Anlaß von Todesfällen (JMBl. 1903 S. 230) ist der Erbe und der überlebende Ehegatte verpflichtet, die durch den Todesfall eingetretene Aenderung in den Eigentumsverhältnissen an Grundstücken bei der Katasterbehörde anzumelden.

Von dieser Anmeldepflicht sind die Beteiligten gemäß § 9 Abs. I und II befreit,

1. wenn das Nachlaßgericht schon gemäß § 67/9 der Nachlaßordnung vom 20. März 1903 und 21. Februar 1905 (JMBl. 1903 S. 111 ff. und 1905 S. 563) die Anmeldung besorgt hat,

2. wenn das Gericht (Hypothekenamt oder Grundbuchamt) der Katasterbehörde von der beantragten Eintragung gemäß § 1 der JMB. vom 25. März 1903 (JMBl. 1903 S. 228) Mitteilung gemacht hat.

Diese Vorschriften treffen für die Uebergangszeit (die Zeit bis zur Anlegung des Grundbuchs) insofern keine Sorge, als sie den Fall gänzlich übersehen, daß zwar der Erbe oder überlebende Ehegatte den Eintragungsantrag zu nachlaßgerichtlichem Protokoll stellt (s. auch Zeitschr. f. Rechtspfl. i. B. 1. Jahrg. S. 321/2), und das Nachlaßgericht daher die sonst erforderliche Mitteilung an die Katasterbehörde behufs Katasterberichtigung unterläßt, das Hypothekenamt aber den Eintragungsantrag, bzw. Berichtigungsantrag lediglich durch Berichtigung des Verzeichnisses der blattfreien

Grundstücke vollzieht, indem es von der Annahme ausgeht, daß eine gesetzliche Veranlassung zur Blattanlage für die blattfreien Nachlaßgrundstücke nicht besteht, da einerseits der gestellte Antrag lediglich die Berichtigung des Hypothekenbuchs bezweckt, also einen infolge des Todesfalles unrichtig gewordenen und zu berichtigenden Eintrag im Hypothekenbuche zur Voraussetzung hat, andererseits eine Blattanlage von Amts wegen nicht erfolgen kann, da der Artikel 1 und 3 des Anlegungsgesetzes lediglich in dem besonderen durch die Kgl. Verordnung vom 23. Juli 1898 geregelten Anlegungsverfahren eine solche vorschreibt.

Auf den Fall der bloßen Berichtigung des Verzeichnisses der blattfreien Grundstücke trifft der Wortlaut der Ziffer 1 der JMB. vom 25. März 1903 (JMBl. 1903 S. 228) nicht zu, da hier nur für den Fall, daß der Erbe als Eigentümer in das Hypothekenbuch eingetragen wird, das Hypothekenamt für verpflichtet erklärt wird, dem Rentamte hiervon sofort Mitteilung zu machen. Es rechtfertigt sich aber die analoge Anwendung dieser Vorschrift auch für den Fall der bloßen Berichtigung des Verzeichnisses der blattfreien Grundstücke durch das Hypothekenamt; daß dies der Intention der Ausführungsvorschriften zum Nachlaßgesetze entspricht, geht deutlich aus der Vorschrift der JMB. vom 21. Februar 1905 (JMBl. 1905 S. 563) hervor, wo für den Fall, daß der Eintragungsantrag der Miterben zu nachlaßgerichtlichem Protokoll gestellt wird, ausdrücklich bestimmt ist, daß dem Rentamte vom Nachlaßgerichte eine Mitteilung zum Zwecke der Katasterberichtigung nicht gemacht werden soll, und zwar offenbar aus dem Grunde, weil solchenfalls die Anmeldepflicht des Todesfalls dem durch den gestellten Antrag mit der Sache befaßten Hypothekenamte obliegt, ohne daß unterschieden wird, ob der Eintragungsantrag der Miterben durch Berichtigung des Hypothekenbuchs oder des Verzeichnisses der blattfreien Grundstücke vollzogen wird. Warum dies aber nur für den Fall der Stellung des Antrags auf Eintragung der Erbengemeinschaft, nicht jedoch für den Fall, daß die Eintragung des Alleinerben beantragt wird, gelten soll, wäre unerfindlich; die beiden Fälle sind in Ansehung der Berichtigung der öffentlichen Bücher vielmehr ganz gleich zu behandeln; das gegenteilige Verfahren würde bloß unnötige Schreibereien verursachen. Würde nämlich im Falle des Antrags auf Eintragung des Alleinerben das Hypothekenamt wegen der Blattfreiheit der Grundstücke die Katasterberichtigung nicht veranlassen, so müßte es den Antrag mit Katasterauszug wieder dem Nachlaßgerichte vorlegen, damit dieses Gericht dem Rentamte die erforderliche Mitteilung mache. Dem Hypothekenamte müßte dann das Rentamt gemäß § 15 der Bekanntmachung vom 25. März 1903 (JMBl. 1903 S. 228) von der auf Grund der nachlaßgerichtlichen Mitteilung erfolgten Katasterumschreibung Mitteilung machen, damit die in § 97 des Hyp.-Ges. vorgeschriebenen Einleitungen zum Zwecke der Hypothekenbuchsberichtigung getroffen werden. Es hat dann, wie schon anläßlich der Uebersendung des nachlaßgerichtlichen Protokolls über den Eintragungsantrag, der Eintrag im hypothekenamtlichen Tagebuche, die Aufnahme einer Registratur zum Hypothekenprotokollband rc. zu erfolgen, all dies in unnötiger Weise, da ja dieselbe hypothekenamtliche Tätigkeit schon anläßlich des Eintragungsantrags stattgefunden hat.

Oberamtsricher Weber in Werneck.

**Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zu einem Rechtsgeschäfte.** Die Vormundschaftsgerichte nehmen eine verschiedene Stellung in der Frage ein, ob ein Vertrag, in dem sich ein Minderjähriger unter Zustimmung seines Vaters zum unehelichen Vater eines Kindes bekennt und sich zu den üblichen Leistungen verpflichtet, zu seiner Wirksamkeit noch der Genehmigung des für den unehelichen Vater zuständigen Vormundschaftsgerichts bedarf.

Das Erfordernis der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung wird aus § 1822 Ziff. 5 BGB. abgeleitet, weil der Minderjährige in dem Vertrage sich zu wiederkehrenden Leistungen verpflichtet und weil das Vertragsverhältnis länger als ein Jahr nach der Vollendung des 21. Lebensjahres des unehelichen Vaters dauern soll.

Die Berufung auf § 1822 Ziff. 5 BGB. wird jedoch verfehlt und die Erteilung der Genehmigung durch das für den unehelichen Vater zuständige Vormundschaftsgericht nicht erforderlich sein, selbstverständlich nicht aus dem Grunde, weil der Vertrag ohnehin der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht für das uneheliche Kind unterliegt, sondern aus folgenden Erwägungen:

Die Anerkennung der Vaterschaft zu einem unehelichen Kinde enthält ein einseitiges Rechtsgeschäft, das ein Minderjähriger rechtswirksam nicht vornehmen kann. (Entsch. d. Oberst. Landesgerichts II S. 549.) Die Anerkennung stellt sich aber nicht dar als ein Vertrag, zu dessen Schließung der Vater der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes bedarf. Aus der Anerkennung der Vaterschaft folgt schon von Rechts wegen (§§ 1708, 1710 BGB.) für den unehelichen Vater die Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen. Die Verpflichtung des unehelichen Vaters zu diesen Leistungen wird nicht erst durch das über den Unterhalt für das Kind zu schließende Uebereinkommen begründet. Diesem Rechtsgeschäfte fehlt es an dem zu einem Vertrage notwendig gehörenden selbständigen Verpflichtungsgrunde. In einem solchen Rechtsgeschäfte wollen lediglich die Folgen aus dem Vaterschaftsbekenntnis und die Höhe des dem Kinde zu gewährenden Unterhalts geregelt werden.

Die Regelung der Folgen aus dem Anerkenntnis und der Höhe der Unterhaltsrente stellt sich rechtlich nicht als ein selbständiger Vertrag, sondern lediglich als ein Vergleich gemäß § 1822 Ziff. 12 BGB. dar, zu dessen Schließung der Vater ohne die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ermächtigt ist (§ 1643 BGB.).

Es wäre schwer einzusehen, weshalb der Vater eines unehelichen Kindes zu dem Rechtsgeschäfte, in dem die gesetzlichen Folgen aus dem Vaterschaftsbekenntnisse geregelt werden, der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürfe, während das Anerkenntnis selbst der Genehmigung nicht unterliegen soll.

Die Verträge, die § 1822 Ziff. 5 BGB. im Auge hat, müssen selbständige Verträge mit selbständigen Verpflichtungsgründen sein. Es erwähnen denn auch weder die Motive zum BGB. IV S. 1142 noch Planck in seinen Bemerkungen zu § 1822 Ziff. 5 als Beispiel eines Vertrages auf wiederkehrende Leistungen das Uebereinkommen über den einem unehelichen Kinde zu gewährenden Unterhalt. Als Beispiele werden die gewiß seltenen Fälle eines Versicherungs-, Leibgedings- oder Altenteilvertrags erwähnt, während des nächstliegenden häufig vorkommenden und gerade-

zu klassischen Beispiels des Unterhaltsübereinkommens nicht gedacht wird.

In diesem Sinne hat auch das Landgericht München I entschieden (Beschluß vom 25. Februar 1904, Beschw.-Reg. Nr. 94/04 I).

Ist der gesetzliche Vertreter des unehelichen Vaters ein Vormund, so bedarf das Unterhaltsübereinkommen auch als Vergleich der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (§ 1822 Ziff. 12 BGB.).

Hat der minderjährige uneheliche Vater die Vaterschaft nicht anerkannt, sich aber gleichwohl zur Gewährung der Unterhaltsrente verpflichtet und wird seitens des Kindes auf der Anerkennung der Vaterschaft nicht bestanden, so kommt dem über den Unterhalt geschlossenen Uebereinkommen die Bedeutung eines selbständigen Vertrages zu, zu dessen Schließung auch der Vater des unehelichen Vaters der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht bedarf.

Amtsrichter Barthelmeß in München.

---

**Rechtsbehelfe des Hypothekgläubigers gegen die Pfändung ihm haftender Zubehörstücke.** Es ist unbestritten, daß dem Hypothekgläubiger gegenüber der Pfändung ihm gemäß § 1120 BGB. haftender Zubehörstücke der Rechtsbehelf aus § 766 ZPO. zusteht. Und es kann auch in der Tat keinem Zweifel unterliegen, daß § 865 Abs. 2 ZPO. diesen Weg eröffnet.

Bestritten dagegen ist, ob dem Hypothekgläubiger auch die Widerspruchsklage aus § 771 ZPO. zuzugestehen ist. Das Reichsgericht hat diese Frage in einem in Bd. 55 S. 208 der Entscheidungen mitgeteilten Urteile bejaht.

Dieses Erkenntnis halte ich für unrichtig.

Eine Klage nach § 771 ZPO. setzt voraus, daß dem Gläubiger ein die Veräußerung hinderndes Recht an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung zustehe. Das Reichsgericht nimmt ein solches Recht an, leider ist aber aus der Entscheidung nicht recht zu entnehmen, wie es dieses Recht konstruiert.

Es gibt wohl nur 2 Wege, auf denen man zur Annahme eines solchen Rechts gelangen kann.

Erstlich könnte man daran denken, daß das Hypothekrecht, welches sich gemäß § 1120 BGB. auf die Zubehörstücke erstreckt, ein solches die Veräußerung hinderndes Recht darstelle. Diese Erwägung kann aber nicht dazu führen, eine Widerspruchsklage zuzulassen. Der auf sein Hypothekrecht rekurrierende Gläubiger kann vielmehr gemäß § 805 Abs. 1 ZPO. nur vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse beanspruchen, nicht aber kann er der Pfändung widersprechen.

Man könnte dem entgegenhalten wollen, § 805 ZPO. beziehe sich nur auf die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen und passe daher nicht auf Zubehörstücke, da diese der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen unterlägen. Ein solcher Einwand wäre ungerechtfertigt. Zubehörstücke sind im Gegensatz zu den Bestandteilen bewegliche Sachen — § 97 BGB.; sie werden auch durch die Erstreckung des Hypothekrechtes auf sie nicht immobilisiert, vielmehr ist eben nur ausnahmsweise die Hypothek auf bewegliche Gegenstände erstreckt. Und § 865 Abs. 1 ZPO. setzt, wenn er auch die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen auf Zubehör erstreckt, voraus, daß die Zwangsvollstreckung in das Immobile bereits begonnen hat; in diesem Falle „umfaßt" die Zwangsvollstreckung auch die Zubehörstücke.

Der zweite Weg, den man einschlagen könnte, wäre der, daß man annimmt, § 865 Abs. 2 ZPO. schaffe ein die Veräußerung hinderndes Recht. Dieser Annahme steht bereits die Erwägung entgegen, daß nicht anzunehmen ist, ein derartiges materielles Recht habe durch die ZPO. ins Leben gerufen werden sollen. Insbesondere aber spricht die vom Reichsgericht in der bekämpften Entscheidung mitgeteilte Entstehungsgeschichte des § 865 Abs. 2 gegen diese Auffassung. Nach dieser Entstehungsgeschichte ging man davon aus, daß nach bisherigem preußischen und bayerischen Rechte die Widerspruchsklage bereits gegeben sei. Und man wollte durch die Bestimmung des § 865 dem Gläubiger auch den Weg des § 766 eröffnen. Also man wollte kein besonderes die Veräußerung hinderndes Recht schaffen sondern nur die prozessuale Möglichkeit, der Pfändung nach § 766 entgegenzutreten. Wie man verboten hat, z. B. die dem Schuldner unentbehrliche Habe zu pfänden, so schuf man in dieser Absicht auch das Verbot der Pfändung von Zubehörstücken — beides also klassische Fälle für Einwendungen nach § 766. Dabei ging man, wie gesagt davon aus, daß nach bisherigem preußischen und bayerischen Rechte dem Gläubiger die Widerspruchsklage eingeräumt sei. Und man hatte mit dieser Erwägung auch Recht; denn nach diesen beiden Rechten war, wie uns das Reichsgericht mitteilt, ausdrücklich dem Gläubiger der Weg der Interventionsklage zugestanden. Allein im geltenden Recht trifft diese Erwägung nicht mehr zu; im geltenden Recht gibt es keine Bestimmung, welche dem Hypothekgläubiger das Recht der Interventionsklage verleiht; daher besteht nicht mehr neben dem durch § 865 Abs. 2 zugelassenen Weg, nach § 766 vorzugehen, noch das Recht der Interventionsklage.

Wenn das Reichsgericht zum Beweise für seine Meinung auch auf § 810 Abs. 2 ZPO. verweist, so kann es damit seine Argumentation nicht stützen. Im Falle des § 810 ist eben durch besondere Vorschrift dem Gläubiger die Widerspruchsklage eingeräumt, m. E. trotzdem ihm ein die Veräußerung hinderndes Recht nicht zusteht.

Einziger Rechtsbehelf des Hypothekgläubigers scheint mir daher nach geltendem Recht der aus § 766 ZPO. zu sein.

Rechtsanwalt Teutsch in München.

---

**Verwirklichung des Vermieterpfandrechts während der Dauer des Mietverhältnisses.** Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält darüber, in welcher Weise der Vermieter sein gesetzliches Pfandrecht an den eingebrachten Sachen seines Mieters für seine Ansprüche aus dem Mietverhältnis geltend machen kann, mit Ausnahme der Bestimmungen der §§ 561 und 563 keine besonderen Vorschriften. Es gelten daher gemäß § 1257 BGB. die Bestimmungen über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht, und es kommt sonach auch § 1228 a. a. O. zur Anwendung, wonach die Befriedigung des Pfandgläubigers aus dem Pfande durch Verkauf erfolgt und der Pfandgläubiger zum Verkauf berechtigt ist, sobald die Forderung ganz oder zum Teil fällig ist. Man sollte daher meinen, daß der Vermieter auch während des Bestehens des Mietverhältnisses, sobald der Mieter mit der Zahlung einer Mietzinsrate

in Rückstand kommt, berechtigt wäre, von seinem gesetzlichen Pfandrecht durch Versteigerung der seinem Pfandrecht unterliegenden Sachen Gebrauch zu machen. Dem steht aber vor allem die Schwierigkeit entgegen, daß sich der Vermieter nicht im Besitze der seinem Pfandrecht unterliegenden Sachen befindet. Den Besitz hat ausschließlich der Mieter, wenn nicht dieser dem Vermieter den Besitz an einzelnen Gegenständen eingeräumt hat. Der Mieter besitzt auch nicht etwa für den Vermieter. Ohne daß aber der Vermieter im Besitz der Sachen ist, kann er sie nicht nach den Vorschriften über den Pfandverkauf veräußern lassen. Der Gerichtsvollzieher ist nicht befugt, ohne Einwilligung des Mieters die Sachen zum Zwecke der Zwangsversteigerung fortzuschaffen oder bei dem Mieter zu versteigern. Der Vermieter kann aber auch nicht, solange das Mietverhältnis besteht, Ueberlassung des Besitzes von dem Mieter verlangen. Er ist zum Besitz der Pfandobjekte erst nach dem Abzug des Mieters aus der Wohnung berechtigt. Es ergibt sich dies aus den Bestimmungen der §§ 560, 561 BGB. Daraus, daß der Vermieter während der Dauer des Mietverhältnisses nicht Besitzeinräumung der seinem Pfandrecht unterliegenden Sachen verlangen kann, muß gefolgert werden, daß er während dieser Zeit das Pfandrecht auch nicht durch Verkauf der Pfandsachen verwirklichen kann. Die Anwendung des § 1228 a. a. O. hängt daher bei dem gesetzlichen Pfandrecht des Vermieters davon ab, daß sich letzterer bereits im Besitze der Sachen befindet, eine Voraussetzung, welche bei dem vertragsmäßigen Pfandrecht immer vorhanden ist, da das Pfand nur zu Recht besteht, wenn und solange der Pfandgläubiger die betreffenden Sachen besitzt (§§ 1205 ff., 1253 a. a. O.). Diese beschränkte Anwendbarkeit des § 1228 BGB. auf das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters widerspricht auch nicht der Bestimmung des § 1257 a. a. O., da danach die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht nur entsprechende Anwendung finden, und eine andere Anwendung des § 1228 a. a. O. als die angegebene mit dem Wesen und Inhalt des Vermieterpfandrechts in Widerspruch stehen würde (cf. Motive zu dem Entwurf des BGB. Bd. II S. 409, Arnold, Die Wohnungsmiete nach dem BGB. S. 161 ff., Kommentare zum BGB. von Planck und Staudinger zu § 561). Will daher der Vermieter, während sein Mieter noch in der Wohnung ist, sich aus dessen eingebrachten Sachen für eine fällige Forderung aus dem Mietverhältnis Befriedigung verschaffen, so bleibt ihm nichts anderes übrig, als daß er sich einen Vollstreckungstitel erwirkt und durch den Gerichtsvollzieher pfänden läßt. Solange der Vermieter sich noch nicht im Besitze der Pfandsachen befindet, ist die Ausübung seines Pfandrechtes darauf beschränkt, daß er der Entfernung der seinem Pfandrecht unterliegenden Sachen nach den Bestimmungen der §§ 560, 561 BGB. widersprechen und die Entfernung auch verhindern darf, und daß er, wenn die Sachen ohne seinen Willen entfernt worden sind, deren Zurückschaffung verlangen kann. Außerdem steht ihm, wenn die Sachen für einen dritten Gläubiger gepfändet werden, ein Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Versteigerungserlös nach Maßgabe der Bestimmungen des § 563 BGB. und § 805 ZPO. zu.

Amtsrichter Kraus in München.

---

# Aus der Praxis der Gerichte.

## Reichsgericht.

### A. Grundbuchsachen.*)

**1. Die „Zinsen und Kostenkautionen" des bayerischen Hypothekenrechtes sind seit dem Zeitpunkte, in dem das Grundbuch als angelegt erklärt wurde, Höchstbetragshypotheken nach § 1130 BGB. 2. Sie können sich in Eigentümerhypotheken verwandeln. 3. Die Pfändung künftiger Eigentümerhypotheken als zulässig vorausgesetzt, ist jedenfalls die Eintragung der Pfändung in das Grundbuch nicht statthaft.** Die unter 1 und 2 formulierten von dem I. Zivilsenate des Obersten Landesgerichtes in seinem Beschlusse vom 23. Juni 1905 (oben Seite 350, Heft 15 und 16) aufgestellten, neuerlich vielbesprochenen Rechtsgrundsätze und ihre Begründung hat das Reichsgericht durch Beschluß des V. Zivilsenates vom 18. Oktober 1905 als richtig anerkannt. Die weitere vom Obersten Landesgerichte bejahte Frage, ob die Pfändung künftiger Eigentümerhypotheken zulässig ist, ließ das Reichsgericht offen. Hierüber und über die von dem Standpunkte des Obersten Landesgerichtes abweichende Rechtsansicht, daß die Eintragung der Pfändung künftiger Eigentümerhypotheken in das Grundbuch unstatthaft sei, äußern sich die Gründe der reichsgerichtlichen Entscheidung im wesentlichen wie folgt:

Daß die Aussicht des Eigentümers auf künftigen Erwerb einer Eigentümerhypothek, mag man sie „Anwartschaft auf Eigentümerhypothek", oder „vorläufige Eigentümerhypothek" oder „bedingte Eigentümerhypothek" nennen, schon ein Recht des Eigentümers bildet und daß dieses pfändbar ist, nehmen mit vielen andern und insbesondere mit dem kammergerichtlichen Beschluß vom 16. Februar 1905 [1]) auch das Grundbuchamt des Amtsgerichtes München I Abt. A f. ZS. und das Landgericht München I [2]) an und es mag die Richtigkeit dieser Sätze unterstellt werden. Da andererseits auch die vom bayer. Obersten Gerichtshof zurückgewiesene, vom Kammergericht und den angefochtenen Beschlüssen geteilte Meinung, als sei das erwähnte Recht des Eigentümers nur ein persönliches, zu Bedenken Anlaß gibt, so könnte man dessen Dinglichkeit annehmen und dann folgern, daß es im Wege der §§ 830, 857 Abs. 6 ZPO. gepfändet werden könnte und müßte, daß also bei Anwartschaft auf eine Eigentümerhypothek deren Pfändung nur durch Eintragung in das Grundbuchamt wirksam werden, die Eintragung daher auch nicht verweigert werden könnte. Indessen ist eine solche Folgerung nicht ohne weiteres zulässig. Denn einerseits bleibt es, wenn auch die Anwendbarkeit der §§ 830, 857 VI ZPO. auf Eigentümerhypotheken und Grundschulden auszudehnen ist, noch fraglich, ob dies auch zugunsten der bloßen Anwartschaft auf Eigentümerhypothek gelten muß; anderseits aber gibt das Gesetz in § 857 Abs. I und II ZPO. doch auch einen andern Weg für Pfändung von Rechten, die nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen oder gewöhnlicher Forderungs- und Anspruchspfändung sind. Wollte man aber auch alle vorstehenden Fragen im Sinne der Beschwerdeführer entscheiden, so muß doch ihr Begehren nach Eintragung an Gründen scheitern, die sich aus Wesen und Zweck der Grundbuchgesetzgebung und besonders aus richtiger Auslegung des § 40 GBO. ergeben. Schon das ältere deutsche Recht hielt es für nötig, die Eigentums- und Pfandansprüche auf unbewegliche Sachen durch Einrichtungen zu sichern, wodurch ihre Kenntnis für alle Beteiligten vermittelt und sie selbst gegen Verdunkelung geschützt werden konnten. Aus mannigfachen älteren Versuchen entwickelte sich

*) S. Anm. am Schlusse.
[1]) Rspr. d. OLG. Bd. X S. 388.
[2]) S. oben S. 287, Heft 12.

schließlich die Maßregel der Eintragung der Rechte in öffentliche Bücher, in das Grundbuch. Man muß es insbesondere als Hauptzweck des durch die Reichsgesetzgebung geschaffenen Grundbuches erklären, daß sichere Rechtsverhältnisse für unbewegliche Sachen geschaffen werden sollten. Dieser Zweck ist so selbstverständlich, daß er in der Begründung der Gesetzgebung keiner ausführlichen Erörterung bedurfte. Uebrigens ist er an einzelnen Stellen (vgl. z. B. Mot. z. BGB. III S. 10, 16, 20, 161) hervorgehoben, und er hat im Gesetz selbst Ausdruck gefunden. Hieher sind zu rechnen: § 873 Abs. II BGB., der zur Bedingung von Grundbucheintragungen gerichtliche oder notarielle Beurkundungen oder Erklärungen vor dem Grundbuchamte macht, und § 925, der gleichzeitige Anwesenheit des Veräußerers und Erwerbers bei der Auflassung fordert und eine Auflassung unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung verbietet, ferner § 1115 BGB., der genaue Angaben über einzutragende Hypotheken vorschreibt. In §§ 5, 6 GBO. ist der Besorgnis vor Verwirrung des Grundbuches ausdrücklich Rechnung getragen, und in § 16 GBO. der Eintragungsanträge unter Vorbehalt untersagt; § 18 ebenda, der genaue Vorschriften für den Fall von Eintragungshindernissen gibt, und § 29 GBO., der abermals öffentliche Urkunden als Grundlagen für Eintragungen verlangt, bekunden ebenfalls die Fürsorge des Gesetzgebers für den Hauptzweck des Grundbuches. Dieser kann aber nur im Wege einer gewissen Selbstbeschränkung erreicht werden. Die Grundbuchgesetzgebung kann nicht alle Rechtsverhältnisse, wovon unbewegliche Sachen und Rechte daran betroffen werden, zum Gegenstand von Eintragungen machen, da ein solches Bestreben gerade die beabsichtigte Kürze, Einfachheit und Uebersichtlichkeit der Grundbücher aufheben und Verwirrung und Undeutlichkeit herbeiführen würde. So erklärt es sich, daß die Besitzverhältnisse an unbeweglichen Sachen vom Grundbuch ausgeschlossen sind und daß dieses nur einer ganz bestimmten, durch Privatwillkür nicht zu erweiternden und gegen früher (z. B. hinsichtlich der Miete und Pacht) eingeschränkten Zahl von Rechten offensteht (vgl. auch Mot. z. BGB. III S. 3). Hieher wird auch zu rechnen sein, daß der Gesetzgeber für die Eigentümerhypothek nur wenige Leitsätze gibt, aber Einzelbestimmungen über Notwendigkeit und Zeit ihrer Eintragung unterläßt. Daher muß es als geradezu ausgeschlossen gelten, daß das Gesetz die Eintragung solch höchstbedingter, häufig überhaupt nicht oder doch nicht in absehbarer Zeit zu verwirklichender Rechte, wie eines hier in Frage steht, gestatten wollte, daß freiwillige Verfügungen oder Vollstreckungsanordnungen über künftig vielleicht entstehende Eigentümerhypotheken oder Grundschulden eintragbar wären, wodurch zu künftigen Verfügungen über die Hypotheken und zu deren Löschung nach § 875 BGB., §§ 19, 21 GBO. die Zustimmung der bedingt Berechtigten notwendig gemacht und der Grundbuchverkehr erheblich erschwert würde. Hiebei kommt noch in Betracht, daß die hier zu entscheidende Frage nicht bloß für Höchstbetragshypotheken, sondern für die ganze Menge der Hypotheken und der dabei möglichen Eigentümerhypotheken von Bedeutung ist und daß, wenn man die Eintragung der Uebertragung oder Pfändung der künftig möglichen Eigentümerhypothek gestatten wollte, man folgerichtig auch die Einschreibung von Weiterverfügungen und Pfändungen bei derartig höchstbedingten und zweifelhaften Rechten nicht verwehren könnte. Es bedarf keiner Ausführung darüber, daß all dies eine höchst nachteilige Anfüllung des Grundbuches, dessen Unübersichtlichkeit und eine Rechtsverwirrung nach sich ziehen würde. Sprechen schon diese allgemeinen Erwägungen gegen den vorliegenden Eintragungsantrag, so ist er vollends nach richtiger Auslegung des § 40 GBO. unstatthaft. Nach Abs. 1 dieser Gesetzesstelle soll ein Eintrag nur erfolgen, wenn derjenige, dessen Recht betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist. Braucht man auch diese Vorschrift nicht streng wörtlich dahin zu verstehen, daß auch dann der Vorberechtigte zuerst eingeschrieben werden muß, wenn von dem jetzt Berechtigten freiwillig oder von seinem Vollstreckungsgläubiger gemäß § 14 GBO. die Urkunden, aus denen unzweifelhaft der Rechtsübergang erhellt, beigebracht sind, kann in diesem Falle vielmehr ein einziger Eintrag über die Rechtsänderung genügen, so versteht das Gesetz doch unzweifelhaft unter dem Berechtigten einen endgültig und bestimmt, aber nicht einen nur eventuell Berechtigten, wie z. B. den, der möglicherweise künftig Eigentümerhypothekar wird. „Berechtigter“ im Sinne der Grundbuchgesetzgebung kann eben nur der schon jetzt endgültig Berechtigte sein. Nach der Denkschrift zu § 38 des Entw. der GBO. soll die Vorschrift des Abs. 1 des § 40 dem Grundbuchamte die Legitimationsprüfung erleichtern und den eingetragenen Berechtigten dagegen sichern, daß ungeachtet der gemäß § 891 BGB. mit der Eintragung verbundenen Vermutung ein anderer unbefugt über das Recht verfügt. Diese Absicht des Gesetzgebers und § 891 BGB. passen überhaupt nicht auf die Eintragung eines nur bedingt Berechtigten. Eingetragen sind der Hypothekgläubiger und der Grundstückseigentümer, und für sie besteht die volle Vermutung des § 891, sie kann durch die bloße Möglichkeit späterer Entstehung einer Eigentümerhypothek nicht entkräftet werden, sondern nur durch den wirklichen Eintritt der Eigentümerhypothek. Es ist deshalb die Schlußfolgerung geboten, daß die Eintragung solcher bedingter Rechte, als für den Grundbuchverkehr insbesondere für Widerlegung oder Begründung einer Vermutung zwecklos, unzulässig ist. Das Grundbuch will öffentlichen Glauben, Vermutungen für wirkliches Bestehen von Rechten begründen, Rechtsverhältnissen, bei denen dies nicht möglich ist, muß es verschlossen sein. So wird es dem Eigentümer oder seinem Vollstreckungsgläubiger gestattet sein, auf Grund Nachweises durch öffentliche Urkunden die Einschreibung von Verfügungen oder Pfändungen bei schon entstandenen Eigentümerhypotheken zu erwirken, weil hierbei der Vorberechtigte, der Eigentümerhypothekar, als eintragsfähig nachgewiesen ist, aber die Eintragsfähigkeit des künftigen etwaigen Eigentümerhypothekars, seiner Verfügungen und der Pfändungen gegen ihn ist zu verneinen. Zu erwähnen sind noch die Schwierigkeiten, die durch Eintragung von Aenderungen bei künftig möglichen Eigentümerhypotheken verursacht werden könnten und deren Verhinderung gleichfalls als Absicht des Gesetzgebers zu erachten ist. Wie die Rechtsprechung annimmt, kann schon ein früher eingetragen gewesener Eigentümer Rechte als Eigentümerhypothekar an einer Hypothek erworben haben, die auch ohne Eintrag fortbestehen können. Ebenso ist es möglich, daß unter späteren Rechtsnachfolgern im Eigentum die Eigentümerhypothek entsteht. Auch die Rechte dieser andern Eigentümer würden ebenso wie die der eingetragenen Hypothekgläubiger durch Verfügungs- und Pfändungseintragungen, wie die beantragte, nicht unberührt bleiben. Zwar würde an sich durch Pfändung einer künftig entstehenden Eigentümerhypothek eine in der Vergangenheit entstandene nicht betroffen, auch ist dem Obersten Landesgerichte darin beizupflichten, daß bei Höchstbetragshypotheken durch Eintragung eventueller Pfändungen usw. der Kreditverkehr zwischen Gläubiger und Schuldner rechtlich nicht beeinträchtigt werden dürfte. Immerhin ist es aber wahrscheinlich, daß der eingetragene Berechtigte der eventuellen Verfügung oder Pfändung seine, wenn auch nur scheinbaren Rechte behaupten und verfolgen und den wirklich Berechtigten Hindernisse in der Wahrung ihrer Rechte tatsächlich bereiten könnte. Auch wird zu verneinen sein, daß der künftige

Eigentümer im Voraus durch Verfügungen des jetzigen Eigentümers oder Pfändungseinträge gegen diesen so beschränkt werden kann, daß, wenn er z. B. durch Zahlung oder Verzicht zu seinen Gunsten Eigentümerhypothekar wird, sofort die Rechte des eingetragenen Eventualberechtigten aufleben würden, was der Doppelbelastung des Grundstücks mit der betr. Post gleichkäme. Auf Grund ähnlicher Erwägungen hat sich auch die Wissenschaft, soweit sie überhaupt Pfändungen künftiger Eigentümerhypotheken zulassen will, gegen deren Eintragung ausgesprochen. (Vgl. Biermann, Sachenrecht S. 310, 418; Endemann, Lehrb. II S. 741 Anm. 22; Hirsch im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 25 S. 247). Y.

Anm. des Herausgebers. Nach der Entscheidung des Reichsgerichts wird anzunehmen sein, daß die etwa schon eingetragenen Pfändungen der aus Zinsen- und Kostenkautionen künftig entstehenden Eigentümerhypotheken nach § 54 Abs. 1 Satz 2 GBO. **von Amts wegen zu löschen sind,** weil es sich hierbei um Eintragungen handelt, die nach ihrem Inhalt unzulässig sind.

## B. Zivilsachen.

### I.

**Zu §§ 346, 347, 467 BGB.** Der zur Wandelung eines Grundstückverkaufs berechtigte Käufer kann Vergütung für Verwaltung des Grundstücks in der Regel nicht fordern.

Gründe: Die Bekl. hat als Käuferin des Grundstücks von ihrem gesetzlichen Rücktrittsrecht Gebrauch gemacht. Nach vollzogener Wandelung haben gemäß § 467 BGB. sie und der Kläger einander die empfangenen Leistungen zurück zu gewähren. Für den Begriff der empfangenen Leistungen unterscheidet das BGB. nicht, ob die Rückgewähr auf Grund der Wandelung eines Kaufvertrags oder auf Grund des vertragsmäßigen Rücktrittsvorbehalts bei einem solchen zu erfolgen hat. Der Umstand, daß im letzten Falle jede Partei mit der Rückgängigmachung des Vertrags zu rechnen hat, berechtigt nicht, in das Gesetz eine Unterscheidung hineinzutragen, die es nicht kennt. Die in § 467 BGB. vorgeschriebene entsprechende Anwendung der §§ 346, 347 BGB. auf den Fall der Wandelung kann daher zu einem anderen Ergebnisse, wie ihre direkte Anwendung auf den Fall des vertragsmäßigen Rücktritts nicht führen. Bei dem vertragsmäßigen Rücktritt ist die Pflicht der Parteien zur Rückgewähr auf die Rückgewähr der nach dem Vertrage empfangenen Leistungen beschränkt, und dabei ist vorgeschrieben, daß für geleistete Dienste ihr Wert zu vergüten ist. Diese Vorschrift rechtfertigt sich dadurch, daß bei Diensten wegen ihrer Natur eine Rückgewähr ausgeschlossen ist. Unter geleisteten Diensten können daher nur solche verstanden werden, welche auf Grund des Vertrages geleistet sind, weil nur sie sich als auf Grund des Vertrages empfangene Leistungen bezeichnen lassen. Die Verwaltungshandlungen der Beklagten sind nun aber von dieser nicht als vertragsmäßig geschuldete Dienste, sondern auf Grund ihres Eigentums am Grundstücke vorgenommen worden, sie fallen daher nicht unter den Begriff vertragsmäßiger Leistungen, sie waren weder nach dem Vertrage zu leisten, noch sind sie für den Kläger geleistet. Es handelt sich bei ihnen auch nicht um Verwendungen im Sinne des § 347 BGB. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Anspruch auf Ersatz von Verwendungen aus § 347 Satz 2 BGB. nur bei Sachverwendungen begründet ist, welche so eng aufzufassen sind, daß sie die für die Verwaltung eines Hauses vorgenommenen Handlungen nicht mitumfassen. Jedenfalls ist dem Beruf.-Richter darin beizutreten, daß auch bei der Wandelung Verwendungen nur insoweit zu ersetzen sind, als sie notwendig gewesen sind. Daß die streitigen Verwaltungshandlungen nicht als notwendige Verwendungen angesehen werden können, hat der Beruf.-Richter rechtsirrtumfrei festgestellt. Diese Feststellung trägt seine Entscheidung. (Urt. V. 78/05 vom 7. Oktober 1905). — — — r.

### II.

**Zu §§ 119, 139, 142, 155, 459, 472, 476 BGB., §§ 139, 475 ZPO.** Durch Minderungsklage wird an sich die Anfechtung des Gewährleistungsausschlusses wegen Irrtums gehindert. — Ohne Anhaltspunkte für Mängelkenntnis des Verkäufers braucht ihm kein verneinender richterlicher Eid auferlegt zu werden.

Gründe: Die Auslegung, wonach der Berufsrichter einen Gewährleistungsausschluß im Vertrage findet, ist einwandfrei, die Arglist-Einrede gegen diese Klausel nicht erwiesen. Wenn der Kläger aber meint, bei Unterstellung seiner Behauptung ergebe sich, daß er eine Erklärung, wie sie der Kaufvertrag über den Ausschluß der Garantie enthält, überhaupt nicht habe abgeben wollen (BGB. § 119), und daß deshalb das BerG. die Voraussetzungen der Anfechtung wegen Irrtums nach § 139 ZPO. hätte abfragen müssen, so übersieht er, daß das Berufungsgericht diese Frage genügend erwogen hat . . . Durch die Anfechtung der Bestimmung des Ausschlusses der Garantie würde der ganze Kaufvertrag nichtig werden. (BGB. §§ 139, 142). Mit diesem Erfolge will Kläger aber den Vertrag nicht anfechten, da er nur Minderung des Kaufpreises fordert. Wollte er den Kaufvertrag nur in dem streitigen Teile mit Erfolg anfechten, so mußte er darlegen, daß anzunehmen sei, der Kaufvertrag würde auch ohne den nichtigen Teil abgeschlossen sein. (BGB. §§ 139, 155). In dieser Richtung hat er nichts vorgebracht, und aus der Sachlage ergibt sich darüber nichts.

Zur Anwendung des § 475 ZPO. wird vorausgesetzt, daß die Verhandlungen und die Beweisaufnahme wenigstens etwas, wenn auch nicht Ausreichendes ergeben haben, um die Ueberzeugung des Gerichts von der Wahrheit oder Unwahrheit von Tatsachen zu begründen. Hier liegt aber nichts vor, als daß der Zeuge H. eidlich bekundet hat, er wisse nicht, ob der Beklagten zur Zeit des Verkaufes an den Kläger das Vorhandensein von Schwamm in dem fragl. Hause bekannt gewesen sei. Die Rüge des Klägers, das Berufungsgericht hätte erwägen müssen, ob der Beklagten nicht der richterliche Eid über ihre Nichtkenntnis vom Vorhandensein des Schwamms aufzuerlegen sei, ist daher unberechtigt. Uebrigens läßt sich aus dem Schweigen des Berufungsgerichts auch nicht einmal schließen, daß es eine Erwägung in dieser Richtung nicht vorgenommen hat. (Urt. V 66/05 v. 4. Oktober 1905). — — — r.

## Oberstes Landesgericht.

### Zivilsachen.

**Kann das Fideikommißgericht einen Matrikeleintrag, wenn er gesetzlich unzulässig ist, auf Antrag eines Beteiligten oder von Amts wegen löschen? Grenzen der Einwirkung des Grundbuchrechts auf das Fideikommißrecht. Bedeutung einer „Protestation" gegen den Inhalt eines Matrikeleintrags.** Graf K. von S. ist Besitzer des Familienfideikommisses S. Auf Grund des Bestätigungsbeschlusses des Fideikommißgerichts ist seit dem Jahre 1867 in der I. Rubrik der Matrikel die Nachfolgeordnung eingetragen, wonach „die erste Sukzession nach dem Gründer seinem eigenen Mannsstamme gebührt, im Falle des Aussterbens der männlichen Nachkommen des Konstituenten aber das Fidei-

kommiß auf den Gutsbesitzer M. Grafen v. S. und dessen männliche Nachkommen, nach diesem weiter auf den Grafen A. v. S. und dessen männliche Nachkommenschaft übergeht". Am 1. Februar 1905 stellte der derzeitige Fideikommißbesitzer, ein Sohn des Grafen M. v. S. an das Fideikommißgericht den Antrag, den Eintrag, soweit er die Nachfolgeordnung für den Grafen A. v. S. und dessen männliche Nachkommenschaft betrifft, zu löschen, weil er zu unrecht erfolgt sei. Vorsorglich beantragte er, „seine Erklärung, daß er dieses Nachfolgerecht nicht anerkenne, als Protestation einzutragen". Das Oberlandesgericht wies die Anträge ab; die Beschwerde des Antragstellers wurde zurückgewiesen. Die Gründe der Entscheidung des Beschwerdegerichts, die von jenen des Oberlandesgerichts wesentlich abweichen, lauten: Der Antrag des Beschwerdeführers war darauf gegründet, daß ein Fideikommiß im Sinne der VII. Beil. z. Verf.-Urk. nur zugunsten zweier Familien errichtet werden könne, daß der im Jahre 1871 ohne Nachkommen gestorbene Sohn des Stifters, F. Graf v. S., als 1. Nachfolger im Fideikommisse die 1. Familie gebildet habe und mit der Nachfolge des Grafen M. v. S. in G. schon die 2. Familie in das Fideikommiß gelangt sei (§ 94 des Fideikommißedikts), daß ferner auch eine fideikommissarische Substitution nach §§ 85, 109 des Edikts nicht vorliege. Die Berufung des Grafen A. v. S. und seiner männlichen Nachkommen, also einer 3. Familie, sei ungültig. Das Oberlandesgericht hielt sich nur soweit für zuständig, als durch den Antrag seine Tätigkeit für eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Anspruch genommen wurde. Es nahm an, M. Graf v. S., der Sohn des 1869 gestorbenen Grafen A. v. S., habe auf Grund der vom Fideikommißgerichte bestätigten Verfügung des „Konstituenten" die Eigenschaft eines „Anwärters" erworben; es stehe ihm deshalb in Gemeinschaft mit dem Fideikommißbesitzer und dessen Bruder Grafen v. S. das Eigentum am Fideikommisse zu (§ 42 des Fid.-Ed.). Mit der Bestreitung des Rechts des Grafen A. v. S. und seiner männlichen Nachkommen auf die Nachfolge bestreite der Fideikommißbesitzer das Miteigentum des Grafen M. v. S. Da dieser die Bestreitung für ungerechtfertigt erklärte, bestehe Streit über das Miteigentum. Streitigkeiten über die privatrechtlichen Verhältnisse der Fideikommisse gehörten aber vor die ordentlichen Gerichte. Das Fideikommiß befinde sich überdies im Bezirke des Landgerichts R., für den seit 1. Mai 1905 das Grundbuch als angelegt anzusehen ist. Auf die Entscheidung über den Antrag fänden daher auch die liegenschaftsrechtlichen Vorschriften des BGB. und der GBO. Anwendung. Nach § 894 BGB. könne, falls das Grundbuch in Ansehung eines Rechtes an einem Grundstücke mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange steht, derjenige, dessen Recht nicht oder nicht richtig eingetragen ist usw., die Zustimmung zur Berichtigung von demjenigen verlangen, dessen Recht durch die Berichtigung betroffen wird. Da ein Widerspruch des Grafen M. v. S. vorliege, sei der Antragsteller auf die Erhebung der Klage angewiesen. Was die Eintragung einer Protestation betrifft, so müßten solche Eintragungen mit dem Grundbuch im Einklange stehen; es könnten deshalb nur solche Eintragungen in die Matrikel erfolgen, die nach den Vorschriften des Grundbuchsrechts zulässig sind. Danach könne nur die Eintragung eines „Widerspruchs" nach § 899 BGB. in Frage kommen. Um diese sei aber das Grundbuchamt anzugehen; erst auf dessen Benachrichtigung könnte eine entsprechende Eintragung in die Matrikel erfolgen. Uebrigens fehle es für einen solchen Eintrag an den Voraussetzungen des § 899 Abs. 2. Auch die Voraussetzung für die Eintragung eines Widerspruchs von Amts wegen (§ 54 GBO.) liege nicht vor, weil es sich bei dem Eintrage nicht um ein Versehen des die Matrikel führenden Gerichts oder des Grundbuchbeamten handelt. Der Eintrag könne übrigens Gefahren, die mit dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs zusammenhängen, nicht zur Folge haben. Diesen Ausführungen kann das Beschwerdegericht nicht durchweg beistimmen. Nach Art. 59 des EG. z. BGB. blieben die landesrechtlichen Vorschriften über Fideikommisse, also die Vorschriften der Beil. VII z. Tit. V § 4 der Verf.-Urk., von dem Inkrafttreten des BGB. unberührt; das Edikt über die Fideikommisse ist denn auch, abgesehen von einigen Aenderungen, aufrechterhalten worden (AG. z. BGB. Art. 135 Abs. 1 Nr. II). Nach dem Fideikommißrechte steht allerdings das „Eigentum am Fideikommißvermögen nicht dem jeweiligen Besitzer allein, sondern auch den Anwärtern zu" (§§ 42, 43 des Edikts). Richtig ist ferner, daß seit dem 1. Mai 1905 das Grundbuch im Bezirke des Oberlandesgerichts M. als angelegt anzusehen ist. Dies rechtfertigt aber nicht den Schluß auf die Anwendbarkeit der §§ 894, 899 BGB. Trotz des „Miteigentums" des Fideikommißbesitzers und der Anwärter werden die Anwärter als „Miteigentümer" in die Matrikel nicht eingetragen. Einzutragen in die 2. Rubrik ist nur der jeweilige Besitzer (§§ 7, 9 der VO., die Instr. über die Behandlung der Familienfideikommisse betr. vom 3. März 1857, Reg.-Bl. S. 253). Dies entspricht der Natur dieses Rechtsverhältnisses; denn jenes „Miteigentum" ist weder das gemeinrechtliche oder landesrechtliche condominium plurium pro indiviso noch das „Eigentum mehrerer nach Bruchteilen" im Sinne des § 1008 BGB., sondern das sog. „geteilte Eigentum" im Sinne des deutschen Privatrechts. Hiernach steht dem jeweiligen Besitzer das volle „Nutzungseigentum" an dem Fideikommißvermögen zu (§ 44 des Edikts); außerdem gebührt ihm ein Anteil an dem der Gesamtheit der Berechtigten, der „Familie", zustehenden sog. Obereigentum („Roth, Bayer. Zivilr. 2. Aufl. Teil 2 § 253; Oertmann, Bayer. Landesprivatrecht § 103 S. 448; Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. 2 (1905) § 121 S. 373, 374). Auch nach dem Grundbuchrechte wird in der 1. Abteilung des Grundbuchs nur der Fideikommißbesitzer als „Eigentümer" eingetragen; die „Anwärter" werden als „Miteigentümer" nicht eingetragen. Es genügt, daß in dem Titel des Grundbuchblatts in der Form einer Ueberschrift der 1. Eintragung die Zugehörigkeit des Grundstücks zum Fideikommiß angegeben ist (§§ 3, 83 der GBO.; AG. zur GBO. usw. Art. 13; §§ 293, 301, 303, 343, 350 der DA. f. d. GBÄe.) Demnach ist es nicht möglich, daß der Inhalt des Grundbuchs mit der wirklichen Rechtslage nicht in Einklang steht. Der Beschwerdeführer hatte daher keinen Anlaß, den Anspruch auf Berichtigung geltend zu machen oder die Eintragung eines Widerspruchs zu erwirken. Der Beschwerdeführer macht geltend, das Fideikommißgericht habe, obwohl es die GBO. für anwendbar erachtete, deren § 54 außer acht gelassen, wonach eine Eintragung von Amts wegen zu löschen ist, wenn sie sich nach ihrem Inhalt als unzulässig erweist. Er übersieht dabei, daß eine Eintragung im Grundbuche nicht Gegenstand seines Antrags ist und nach dem, was über die Anwendbarkeit des Grundbuchrechts ausgeführt wurde, überhaupt nicht in Frage steht, daß ferner eine dem § 54 Abs. 1 Satz 2 GBO. entsprechende Vorschrift in Ansehung der Fideikommißmatrikel weder im Fideikommißedikte noch in einem anderen Gesetze enthalten ist. Nach den Vorschriften, die, wo das Grundbuch noch nicht als angelegt anzusehen ist, für die Geschäftsführung des Hypothekenamts gelten und nach § 11 der VO. vom 3. März 1857 auch für die Förmlichkeiten und das Verfahren „bezüglich der Führung der Matrikel" anzuwenden sind, ist das Hypothekenamt nicht befugt, eine Eintragung zu löschen, ohne daß der, dessen Recht betroffen wird, zugestimmt hat oder eine rechtskräftige Entscheidung des Prozeßgerichts,

die den Eingetragenen zur Löschung verurteilte, oder eine sonstige die Löschung anordnende Verfügung des ordentlichen Gerichts vorgelegt wurde (Hypothekengesetz §§ 107—111, 112, 158). Dieser Rechtszustand ist auch durch Art. 174 Abs. 1 AG. z. BGB. nicht geändert worden. Die Vorschriften der GBO. kommen nur zur Anwendung, soweit es sich um Eintragungen in das Grundbuch handelt oder der Inhalt des Grundbuchs in Betracht kommt. Nach § 14 des Fideikommißedikts ist das Oberlandesgericht für alle Handlungen zuständig, die sich auf die Bestätigung des Fideikommisses beziehen oder sonst die Genehmigung des Gerichts erfordern, sowie für die Führung der Matrikel. Hier handelt es sich weder um die Bestätigung des Fideikommisses oder um dessen Ergänzung, noch um die Genehmigung einer Rechtshandlung des Fideikommißbesitzers oder eines anderen Beteiligten (Anwärter, Schuldner usw.). Der Antrag, den Eintrag des Nachfolgerechts des Grafen A. v. S. und seiner männlichen Nachkommen zu löschen, begehrt endlich, daß das Gericht eine Handlung vornehme, die außerhalb der in der „Führung der Matrikel" bestehenden Geschäftsaufgabe liegt. Er bezweckt nach seiner Wirkung eine Entscheidung des Fideikommißgerichts über die Frage, ob dem Grafen A. v. S. das Recht auf die Nachfolge zustand und ob es seinen männlichen Nachkommen zusteht. Für diese Entscheidung ist das Oberlandesgericht als Fideikommißgericht nicht zuständig; denn als solches ist es Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Diese Streitfrage zu beantworten, sind nur die für die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit bestellten Gerichte zuständig (§ 15 des Fideikommißedikts, §§ 12, 13 des GVG.) Für die Eintragung der „Protestation" wäre das Fideikommißgericht allerdings zuständig. Aber es fehlt an der sachlichen Voraussetzung für sie. Sie dient nur zur Verwahrung, zur Sicherung von Rechten gegen Rechtsfolgen, die sich aus der Oeffentlichkeit des Buches (des Hypothekenbuchs, des Grundbuchs, der Fideikommißmatrikel) ergeben können. Der beantragte Eintrag wäre dazu weder erforderlich noch geeignet. Stand dem Grafen und steht seinen männlichen Nachkommen das Recht der Nachfolge zu, so würde es durch die Eintragung der Protestation unberührt bleiben. Steht es aber der „Familie" des Grafen nicht zu, so ist die Eintragung gegenstandslos. Rechtliche Bedeutung käme ihr also in keinem Falle zu . . . (Beschluß vom 24. Juli 1905 [Ferienzivilsenat]; Reg. III, 41/05.) K.

Nachschrift d. Eins. Die Richtigkeit der mitgeteilten Entscheidung ist nicht zu bezweifeln; immerhin läßt sie entnehmen, daß das Verhältnis des Fideikommißrechts zum Grundbuchrecht noch keineswegs nach allen Richtungen hin vollständig geklärt ist. Zweifellos konnte der § 54 Abs. 1 GBO. weder unmittelbar, noch auch nur entsprechende Anwendung finden. Nicht minder wird anzuerkennen sein, daß die Vorschriften des formalen Fideikommißrechts (Instruktion von 1857) nicht ohne weiteres schon durch die Vorschrift des Art. 174 AG. z. BGB. ersetzt sind. Der Beteiligte, der die Rechtswirksamkeit eines Matrikeleintrags des in den Entscheidungen erwähnten Inhalts beanstandet, kann dessen Beseitigung (Löschung) im Prozeßwege (etwa durch Erhebung der negativen Feststellungsklage), aber auch nur auf diesem Wege herbeiführen. Der formelle Rechtsbestand der erfolgten Eintragung eines ungültigen Rechtsaktes gewährt nämlich nicht einen unbedingten Rechtsschutz für diejenigen, zu deren Gunsten der Eintrag lautet, weil dem diesem zugrunde liegenden Beschluß, dessen Vollzug er nur bildet, nicht die Bedeutung einer rechtskräftigen richterlichen Entscheidung über das Bestehen des eingeschriebenen Rechtsverhältnisses (der Nachfolgerrechte) zukommt. K.

## Oberlandesgericht Augsburg.

**Erwerbung des Faustpfandrechtes an einem Depositenscheine.** Der Zimmermeister Z. in K. schuldete dem Darlehenskassenverein zu K. 1500 Mk. und war nach Fälligkeit behufs Befreiung seines Bürgen und Erlangung weiterer Stundung genötigt, dem Vereine anderweite Sicherheit zu geben. Zu diesem Zwecke händigte er diesem einen Depositenschein des Rentamts K. über einen Pfandbrief der Bayer. Handelsbank zu 1000 Mk. aus, welchen er wegen Uebernahme eines Baues als Kaution hinterlegt hatte. Am 2. März 1903 wurde über das Vermögen des Z. der Konkurs eröffnet. Der Konkursverwalter verlangte vom Darlehenskassenverein die Herausgabe des Depositenscheines und erhob beim Landgericht E. Klage auf Zurückgabe des Scheines und Ersatz des aus der Weigerung entstehenden Schadens, weil der Schein nur hinterlegt, nicht verpfändet sei, sich also ohne Rechtsgrund in den Händen des Vereins befinde. Das Landgericht gab der Klage statt. Die Berufung wurde verworfen.

Aus den Gründen: Die Behauptung des Beklagten, er habe an dem Pfandbriefe Eigentum erworben, entbehrt jeder Grundlage. Z. hat als Zeuge angegeben, daß er für die Entlastung seines Bürgen den Depositenschein als Faustpfand mit der Ermächtigung ausgehändigt habe, den Pfandbrief zu erheben, wenn er vom Rentamt freigegeben werde. Auch geht aus der schriftlichen Bestätigung des Vereins vom 5. März 1903 hervor, daß der beim Rentamte hinterlegte Pfandbrief für das Darlehen zu 1500 Mk. als Bürgschaft gelte, und aus dessen Schreiben vom 21. Mai 1903, daß er den Depositenschein nicht herausgebe, weil er ihn nicht als Faustpfand, sondern als Sicherstellung erhalten habe, ferner, daß an eine Eigentumsübertragung nicht gedacht worden war. Uebrigens würde, wenn der Pfandbrief an Zahlungsstatt gegeben wäre, der Kurswert erhoben und festgestellt worden sein, in welcher Höhe die Schuld des Z. noch besteht. Aus der Ermächtigung zur Erhebung des Pfandbriefs im Falle der Freigabe muß nicht notwendig auf eine Einigung, daß das Eigentum übergehen solle, geschlossen werden; im Falle der Einräumung eines Pfandrechts aber hätte Z. seinen Anspruch gegenüber dem Rentamt auf Herausgabe des Pfandbriefs dem Beklagten abtreten müssen, der ja nur den mittelbaren Besitz hatte (vgl. §§ 1205 Abs. 2 u. 870 BGB.). Zudem ist ein dingliches Pfandrecht an einem hinterlegten Inhaberpapiere erst mit der Anzeige von der Verpfändung von seiten des Eigentümers wirksam (vgl. §§ 1293 u. 1205 BGB.). Hiezu genügt aber nicht, daß der unmittelbare Besitzer überhaupt Kenntnis von der Verpfändung erhält, sondern es muß zur Erscheinung kommen, daß der verpfändende Eigentümer die Verpfändung als rechtsgültig anerkennt, so daß der Empfänger der Mitteilung hieran sich halten kann (vgl. Endemann, Einführung in das BGB. Bd. 2 S. 540 u. 541, Note 4, JW. 1904 S. 485 Nr. 8). Die Anzeige ist jedoch unterblieben, indem nur der Rechner des Vereins im Juli oder August 1901 bei dem Rentamte erschien, um sich über den Stand der Kaution zu erkundigen, und dem Rentamtmanne unter Vorzeigung des Depositenscheines mitteilte, daß Z. den Pfandbrief dem Vereine verpfändet habe. Allein er handelte hiebei nur namens des Vereins und nicht als Bevollmächtigter des Z., wie ihm denn auch der Rentamtmann hierauf eröffnete, daß die Kaution noch nicht frei sei, und daß es seinerzeit weiter nichts brauche, als daß Z. mündlich oder schriftlich dem Verein die Erlaubnis zur Erhebung des Pfandbriefes gebe. Es widerlegt sich also hiemit auch die Ausführung des Beklagten, es habe die Uebergabe des Depositenscheines an den Beklagten nur den Zweck verfolgt, den Rechner zur Ueberbringung einer Botschaft des Z. zu legitimieren. (Urt. des II. Ziv.-Senats vom 28. März 1905).

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Donle in Augsburg.

## Landgericht München I.

**Zu §§ 39, 48 GBO.: über das Verhältnis zwischen Vollstreckungsgericht und Grundbuchamt.** Die Eheleute X. sind im Grundbuch f. M. seit 1888 als Miteigentümer eines Grundstücks eingetragen. Eine Angabe des Bruchteils der Anteilsberechtigung oder des für die Gemeinschaft maßgebenden Rechtsverhältnisses ist im Grundbuche nicht enthalten. Das Vollstreckungsgericht M. I ordnete die Zwangsversteigerung des Hälfteanteils des Mannes an. Das Grundbuchamt hat den Vollzug abgelehnt, da die Vorschrift des § 48 GBO. nicht gewahrt sei und der Hälfteanteil, dessen Zwangsversteigerung angeordnet sei, aus dem Grundbuch nicht hervorgeht. Die formell zulässige Beschwerde des Vollstreckungsgerichts (Rechtspr. d. OLG. Bd. 6 S. 437) ist am 7. Nov. 1905 — (Beschw.-Reg. Nr. 614/05) — aus folgenden Gründen zurückgewiesen worden: Die Bestimmung des § 48 GBO. fordert die Angabe der Anteile in Bruchteilen oder des für die Gemeinschaft maßgebenden Rechtsverhältnisses unbedingt. Dieser Vorschrift entspricht der derzeitige Eintrag über das Grundstück der Eheleute X. nicht. Insofern ist der Eintrag im Sinne des § 894 BGB. nicht richtig. Vor der Berichtigung des Grundbuchs ist eine Versteigerung nicht möglich (von der Pfordten, Kommentar z. ZVG. S. 55, Turnau-Förster II. Aufl. Bd. II S. 286, Reichsgericht Bd. 54 S. 86, Rechtspr. d. OLG. Bd. 6 S. 488, Bd. 9 S. 336, Entsch. in Ang. d. FGG. u. des Grundbuchr. Bd. 5 S. 262.) Diese Berichtigung durch Eintragung der Anteile in Bruchteilen kann durch Bewilligung der Berechtigten beim Grundbuchamte herbeigeführt werden. Eventuell steht dem Vollstreckungsgläubiger der Klageweg nach § 894 BGB. offen. (RG. Bd. 54 S. 87.) Das Grundbuchamt hat bei dem Ersuchen des Vollstreckungsgerichts nach dem Grundbuchinhalt zu prüfen, ob der Vorschrift des § 48 GBO. im Grundbuche genügt ist. (Rechtspr. d. OLG. Bd. 7 S. 368, Zentralblatt f. freiw. Gerichtsb. Bd III S. 626, Denkschr. z. GBO., Hahn-Mugdan Bd. 5 S. 163.) Dagegen hat das Grundbuchamt die Rechtmäßigkeit des nach § 39 GBO. gestellten Ersuchens, insbesondere ob der Versteigerungsanordnung ein gültiger Vollstreckungstitel zugrunde liegt, nicht zu prüfen. (Willenbücher, Liegenschaftsrecht u. GBO. S. 341 Note 3.) Der Beschluß des Vollstreckungsgerichts enthält keine zwingende Feststellung, daß dem schuldnerischen Ehemann der Hälfteanteil an dem Grundstücke zusteht. Wohl hat der Grundbuchrichter die Rechte der Eheleute nach dem bisherigen eingetragenen Güterstand, in Ermanglung einer Eintragung oder eines anderweiten Nachweises nach dem gesetzlichen Güterstand bei Verwaltung und Nutznießung zu beurteilen. (Oberneck, Reichsgrundbuchr. III Aufl. 1904 Bd I S. 167 u. Bd II S. 37, hierzu Oberstes Landesgericht in ZS. N. F. Bd. 4 S. 860, Rechtspr. d. OLG. Bd. 1 S. 382, Bd. 5 S. 58, Bd. 6 S. 102, 285.) Im gegebenen Falle wäre nach Art. 83 des UeG. v. 9. Juni 1899 an Stelle der Errungenschaftsgemeinschaft des bayer. Landrechtes der Güterstand der Verwaltung und Nutznießung getreten. Allein dieser Güterstand genügt nicht zur Annahme einer Anteilsberechtigung auf die Hälfte. Es muß volle Sicherheit bestehen und der Bruchteil selbst ziffermäßig aus dem Grundbuche ersichtlich sein. Nicht der vermutliche, sondern der wirkliche Anteil ist Gegenstand der Belastung. Deshalb versagt auch die widerlegbare Vermutung des § 742 BGB. für den Grundbuchverkehr. (Oberstes Landesgericht in ZS. NF. Bd. 5 S. 179, hiezu NF. Bd. 4 S. 703, Reichsgericht Bd. 54 S. 86). Der Umstand schließlich, daß unter der Herrschaft des Hypothekengesetzes in einzelnen Fällen die Anteilsberechtigung nach Bruchteilen nicht eingetragen zu werden pflegte, ist für die Anwendung des nunmehr ausschließlich maßgebenden § 48 GBO. gleichgültig. (Rechtspr. d. OLG. Bd. 6 S. 488 u. Bd. 9 S. 336.)

Mitgeteilt von Landgerichtsrat Karl Meyer in München.

---

## Landgericht Bamberg.

**Unterliegt der Beschluß eines Gewerbegerichts, bzw. des Vorsitzenden, wodurch eine Person von der Verhandlung zurückgewiesen wird, weil sie das Verhandeln vor Gericht geschäftsmäßig betreibt, der Anfechtung?**

Aus den Gründen: Die Frage wird verneint von Menzinger und Prenner § 31 Anm. 4 und der dort zitierten Entscheidung des Landgerichts Osnabrück, ferner Mugdan-Cuno S. 129, bejaht v. Wilhelmi-Bewer S. 158, v. Schulz S. 101, Haas S. 89. Es handelt sich darum, ob § 157 Abs. 3 der ZPO. auf das gewerbegerichtliche Verfahren (§ 31 GewGG.) entsprechend angewendet und deshalb die Zulässigkeit der Anfechtung verneint werden muß. In dem vom Reichskanzler dem Reichstage zur Beschlußfassung vorgelegten Entwurfe eines Gesetzes, betr. die Gewerbegerichte, war die Bestimmung des früheren § 29 und jetzigen § 31 des Gewerbegerichtsgesetzes nicht enthalten, sondern nur angeordnet, daß auf das Verfahren vor den Gewerbegerichten in Ermangelung besonderer Bestimmungen die für das amtsgerichtliche Verfahren geltenden Vorschriften der ZPO. entsprechende Anwendung finden sollen. Nach dem Entwurfe sollte sich also die Frage über die Zulassung von Bevollmächtigten der Parteien ausschließlich nach § 157 (damals § 143) der ZPO. richten. Durch die Beschlüsse des Reichstages wurde aber der § 25a (jetzt § 31) eingestellt und zum Gesetz erhoben. Der § 31 GewGG. lautet: „Rechtsanwälte und Personen ꝛc." der § 157 ZPO. dagegen lautet in seinen hier fraglichen Absätzen 2 und 3: „Das Gericht kann ꝛc." Aus der Verschiedenheit beider Bestimmungen geht hervor, daß die gesetzgebenden Faktoren die Materie bezüglich der Zulassung von Bevollmächtigten und Beiständen für das Verfahren vor den Gewerbegerichten selbständig und unabhängig von den Vorschriften der ZPO. regeln wollten. Dann kann aber auch eine entsprechende Anwendung des § 157 Abs. 3 der ZPO. nicht stattfinden. Da § 31 des GewGG. die Anfechtung nicht ausschließt, so muß die Anfechtung gemäß § 55 GewGG. und mit Rücksicht auf die allgemeine Bestimmung des § 567 Abs. 1 der ZPO. als zulässig erachtet werden. (Beschl. vom 23. September 1905.)

Mitgeteilt von Rechtspraktikant Hahn in Bamberg.

---

## Literatur.

**Dr. M. Stenglein**, weil. Reichsgerichtsrat a. D., **Lexikon des deutschen Strafrechts** nach den Entscheidungen des Reichsgerichts zum Strafgesetzbuche zusammengestellt und herausgegeben. 2 Bde. und Supplement enthaltend die Entscheidungen seit Erscheinen des Hauptwerks bis 1903. Bearbeitet von F. Galli, Reichsgerichtsrat a. D. Berlin 1901/1904, Otto Liebmann. Brosch. Mk 36.50, gebd. Mk. 43.50.

So unentbehrlich die genaue Kenntnis der Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Strafrechts für den Richter ist, so schwierig ist es bei der immer mehr wachsenden Fülle der Entscheidungen dieses Gerichts für den vielbeschäftigten praktischen Juristen, diese Kenntnis zu erhalten, zu erweitern und zu vertiefen. Es war deshalb ein überaus glücklicher Gedanke des auch sonst durch sein literarisches Wirken so verdienstvollen Reichsgerichtsrats a. D. Dr. Stenglein

die Entscheidungen des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Strafrechts unter alphabetisch geordnete Stichwörter zu reihen und durch dieses „Lexikon des deutschen Strafrechts“ nicht nur die Auffindung der einzelnen Entscheidung ungemein zu erleichtern, sondern zugleich zu jeder Materie einen wertvollen vergleichenden Ueberblick über die gesamte Rechtsprechung des Reichsgerichts zu geben, der bei der Anordnung der Entscheidungen in den Sammlungen allmählich verloren geht. Es zeugt für den praktischen Blick des Verfassers, daß er sich auf die Erkenntnisse beschränkte, die in den „Entscheidungen“ des Reichsgerichts, in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und in dem Archiv für Strafrecht veröffentlicht waren, und dem an ihn herangetretenen Ansinnen, auch die in Zeitschriften, wie der Deutschen Juristenzeitung und der Juristischen Wochenschrift veröffentlichten Entscheidungen zu berücksichtigen, widerstand. Die von ihm benützten Sammelwerke boten ein umfassendes und vollständig genügendes Bild von der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Die Beschränkung, die Stenglein sich auferlegte, ist nur zu loben; durch sie und die geschickte, allen Anforderungen an Zuverlässigkeit und Vollständigkeit gerecht werdende Redaktion der von ihm aufgenommenen Entscheidungen erreichte er, daß er diese in zwei handlichen Bänden unterbringen konnte. Zahlreiche Verweisungen, die Beifügung einer kurzen Inhaltsangabe zu den einzelnen Entscheidungen, die geschickte Einteilung der zu dem nämlichen Stichworte gehörenden Entscheidungen in Gruppen, die wieder durch alphabetisch geordnete Schlagwörter gekennzeichnet sind, endlich verschiedene praktisch angelegte Register ermöglichen eine schnelle und sichere Auffindung der gesuchten Entscheidung; so bildet das Buch dank aller dieser Vorzüge ein unentbehrliches Hilfsmittel für den täglichen praktischen Gebrauch und regt bei seiner eigenartigen Anlage zum eingehenderen Studium der Rechtsprechung des Reichsgerichts geradezu an. Die Verlagsbuchhandlung hat einen Nachtrag zu dem Hauptwerke herausgegeben, der die seit dem Jahre 1900 bis zum Jahre 1903 ergangenen Entscheidungen des Reichsgerichts, die in Band 31 bis 36 der „Entscheidungen“ und in Band 46 bis 50 des Archivs für Strafrecht zur Veröffentlichung gelangt sind, enthält; daneben wurden auch Entscheidungen berücksichtigt, die in der Deutschen Juristenzeitung veröffentlicht waren. Ob in dieser Erweiterung wirklich ein Vorteil zu erblicken ist, mag dahingestellt bleiben, wenn auch nicht verkannt werden will, daß bei der bewährten Sorgfalt, mit der die in der genannten Zeitschrift abgedruckten Entscheidungen redigiert sind, die Gefahr einer zweideutigen, ungenauen Wiedergabe so gut wie ausgeschlossen ist. Immerhin wird schon jetzt davor zu warnen sein, bei weiteren Nachträgen, die ja nicht ausbleiben werden, etwa auch noch in anderen Zeitschriften veröffentlichte Entscheidungen zu berücksichtigen; die Uebersichtlichkeit, Zuverlässigkeit und Geschlossenheit des Werkes würde darunter nur leiden. Die Bearbeitung des Nachtrags erfolgte im übrigen unter Festhaltung an den bewährten Grundsätzen des Hauptwerks; den engen Zusammenhang mit diesem sucht sie mit Erfolg durch zahlreiche Verweisungen herzustellen, die die Brauchbarkeit des Nachtrags neben dem Hauptwerke wesentlich erhöhen. II. Staatsanwalt Degen.

**Groß, Dr. Hans**, Professor des Strafrechts an der deutschen Universität Prag. Kriminalpsychologie, 2. Auflage 1905. Verlag von F. C. W. Vogel in Leipzig. Broch. Mk. 13.50.

Das Werk gibt eine Zusammenstellung aller der Lehren der Psychologie, die den Kriminalisten befähigen sollen, die Aussagen des Beschuldigten und der Zeugen auf ihren Wahrheitsgehalt zu prüfen. Es ist ein Lehrbuch der Psychologie, bearbeitet für die Zwecke der Strafrechtspflege. Sein Inhalt teilt sich in zwei Abschnitte: I. psychische Tätigkeit des Richters und II. psychische Tätigkeit der zu vernehmenden Person. Im I. Abschnitt werden die Momente aufgeführt, die der Richter sowohl bei der Vernehmung selbst als auch bei der kritischen Beurteilung der Aussagen beachten soll. Im II. Abschnitt wird gezeigt, wie die Auffassung einer Wahrnehmung verschieden ist nach der Individualität, dem Geschlecht und dem Alter des Wahrnehmenden. Der Verfasser will gegen die Ueberschätzung des auf Sinneswahrnehmung beruhenden Zeugnisses und gegen die kritiklose Hinnahme jedes Zeugnisses ankämpfen. Seine Ausführungen sind äußerst anregend und enthalten viele beachtenswerte Bemerkungen und Winke. Doch wird man sich davor hüten müssen, die Lehren des Buches zu übertreiben, die Person der Zeugen und die Art der Aussage einer allzu ängstlichen Prüfung zu unterziehen und bei den von den Zeugen geschilderten Wahrnehmungen vor allem nach möglichen Täuschungen und Irrtümern zu suchen. Denn ein solches Verfahren würde nur verwirrend wirken und die Ursache neuer Fehlerquellen sein.

Das interessante und lehrreiche Werk kann allen Juristen zur Lektüre und zum Studium empfohlen werden. Es hat denn auch schon allgemein Anerkennung gefunden. In der neuen Auflage ist die seit der 1. Auflage erschienene Literatur vermerkt und im Texte verarbeitet. W.

**Baumann, Dr. Hans** und **Kahn, Dr. Otto**, Rechtsanwälte in München. Das neue Liegenschaftsrecht in der Rechtsprechung. Fürth i. B. 1905. Verlag von Georg Rosenberg. Geb. Mk. 3.60.

Die Verfasser haben gelegentlich eigenen Studiums des neuen Grundbuchrechts die in den größeren Zeitschriften mitgeteilten Entscheidungen in Form kurz gefaßter Anmerkungen zu den einzelnen Gesetzesabschnitten sorgfältig zusammengestellt. Berücksichtigt sind außer dem BGB., der GBO. und dem ZwVG. auch Teile der ZPO. Leider fehlen die entsprechenden Teile des EG. z. BGB. und das EG. z. ZwVG. Die Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern haben die Verfasser merkwürdigerweise als „Blätter f. Rechtspfl. in Bayern“ zitiert. Das Büchlein kann für die Praxis empfohlen werden, da es eine rasche Uebersicht ermöglicht.

von der Pfordten.

Der Pitaval der Gegenwart. (Vgl. die Besprechung in Nr. 5 S. 136.) Von den in Bd. II Heft 2 und 3 enthaltenen Veröffentlichungen ist vor allem die eingehende und sorgfältige Darstellung des Leipziger Bankprozesses von Staatsanwalt Dr. Weber in Leipzig hervorzuheben, die sowohl juristisches als volkswirtschaftliches Interesse bietet. Sie gewährt einen für die Praktiker sehr wertvollen Einblick in die Mittel, die angewendet werden, um eine Bilanz zum Zwecke der Verschleierung des wahren Vermögensstandes „recht flüssig zu gestalten“. Ferner beweisen die Mitteilungen über den Ausgang des Strafverfahrens mit erschreckender Deutlichkeit, wie wenig die Schwurgerichte der Beurteilung derartiger Strafrechtsfälle gewachsen sind. von der Pfordten.

---

**Zur gefl. Beachtung!** Die Herren Mitarbeiter werden höfl. gebeten, **alle Einsendungen** und **Zuschriften** an die Adresse des Verlags: **München, Karlspl. 29** richten zu wollen.

---

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, II. Staatsanwalt im K. Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

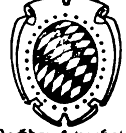
Nr. 24. München, den 15. Dezember 1905. 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).



Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum, Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.



## Die Umwandlung der Kautionshypotheken des bayer. Rechtes in Maximalhypotheken des BGB.[1])

Von Amtsrichter und Privatdozent Dr. Hugo Kreß in München.

(Schluß.)

### III.

Die Hypothek haftete nach römischem Recht für die Forderung einschließlich der vereinbarten Zinsen — die Hauptforderung — und für alle Erweiterungen, die aus der Hauptforderung kraft Gesetzes bei Eintritt bestimmter Tatsachen, z. B. des Verzuges, Verschuldens des Schuldners, entspringen konnten, so insbesondere für gesetzliche Zinsen, Kosten der Pfandklage und des Pfandverkaufes — die Nebenforderungen (l. 8 § 5 D. 13, 7; l. 18 D. 20, 4). Das römische Recht ging dabei von zweifellos richtiger Auslegung des Willens der Kontrahenten aus; Gläubiger und Schuldner wollen die Pfandhaftung nicht auf die Hauptforderung beschränken, sondern auf alle Nebenforderungen ausdehnen, die sich kraft Gesetzes aus jener entwickeln können. Sein Grundsatz über die Ausdehnung der Hypothekhaftung auf vereinbarte Zinsen und alle Nebenforderungen ging in das gemeine und das bayerische Recht über (vgl. Gönner, Kommentar über das Hypothekengesetz für das Königreich Bayern Bd. 1 S. 383) und wurde erst durch das bayerische HypG. v. 1. Juni 1822 durchbrochen. Dieses beschränkte die Hypothekhaftung für den praktisch wichtigsten Fall, nämlich wenn noch andere Hypothekgläubiger vorhanden waren, ferner dann, wenn dem Schuldner das Eigentum an dem Pfandgrundstücke nicht mehr zustand, auf die vereinbarten Zinsen des laufenden und des unmittelbar vorausgegangenen Jahres; gegenüber anderen Hypothekgläubigern und dem Drittbesitzer konnte die dingliche Haftung des Grundstückes weder wegen der weiteren Rückstände an vereinbarten Zinsen, noch wegen der gesetzlichen Zinsen, noch wegen der Kosten geltend gemacht werden. Nur dann, wenn andere Hypothekgläubiger oder ein Drittbesitzer nicht beteiligt waren, ließ es das HypG. bei dem Grundsatze, daß die Hypothekhaftung auch die vereinbarten Zinsen und alle Nebenforderungen umfaßt. Die hiernach gegenüber dem gemeinen Rechte nicht unerhebliche Verschlechterung der Rechtslage des Hypothekgläubigers wollte das HypG. dadurch ausgleichen, daß es jedem Hypothekgläubiger wegen der nicht länger als zwei Jahre rückständigen (vereinbarten oder Verzugs-) Zinsen und wegen der auf Ausklagung und Eintreibung der Hypothekforderung bereits entstandenen Streitkosten einen gesetzlichen Hypothektitel, also das Recht auf Erwerb einer eigenen Hypothek gab (§§ 42, 43, 12 Ziff. 11 HypG.). Die Gründe, die den bayer. Gesetzgeber zu dieser Beschränkung der Hypothekhaftung veranlaßten, lassen sich nicht besser wiedergeben als mit den Worten Gönners (a. a. O. S. 77 u. S. 385): „Die Sicherheit der Hypotheken könnte gestört werden, wenn die Akzessorien einer Forderung an rückständigen Zinsen und an Streitkosten in unbestimmter Größe den Rang der Forderung selbst erhielten. Das Gesetz muß daher eine Bestimmung geben, wodurch jene Gefahr abgewendet, dem Gläubiger aber möglich gemacht wird, auch dafür eine Sicherheit zu erlangen". — „Das Hypothekeninstitut verträgt durchaus keine Hypothek für unbestimmte Summen mit Gefahr für Dritte: und gewiß wäre es eine unbestimmte Summe, wenn rückständige Zinsen mit unbestimmter Zeit, wenn bloße Verzugszinsen oder gar die Prozeßkosten als Akzessorien der Hauptforderung angesehen, und darauf die Hypotheken entweder gegen den dritten Besitzer der Sache oder mit der Priorität der Hauptschuld gegen andere Hypothekgläubiger erstreckt würden. Dadurch befände sich

[1]) Im ersten Teile des Aufsatzes (Nr. 23 der Zeitschrift) haben sich einige sinnstörende Druckfehler eingeschlichen. Auf S. 480 (erste Spalte) ist Zeile 3 von unten vor „Forderungen" das Wort „keine" einzuschalten. In dem Beispiele auf S. 485 beträgt die zweite Hypothek des C 10000 Mk.; auf S. 485 (zweite Spalte) sind deshalb Zeile 17 von unten nach „C" die Worte „von 10000 Mk." einzuschalten.

jeder nachfolgende dritte Besitzer oder Hypothekgläubiger in steter Gefahr, sein Kapital zu verlieren, wenn bei einem vorgehenden Gläubiger angeschwollene Zinsen und Prozeßkosten eine große Summe verschlingen."

Das Prinzip der „Bestimmtheit", nämlich hier der Grundsatz, daß die Beträge der versicherten Forderungen in bestimmten Summen im Hypothekenbuch angegeben werden müssen, war es hiernach, das zur Einschränkung der Hypothekhaftung für vereinbarte Zinsen und Nebenforderungen führte. So berechtigt dieses Prinzip, das im allgemeinen durch § 19 HypG. Ausdruck gefunden hat, an sich war, so ist es doch bei seiner Anwendung auf die vereinbarten Zinsen und sonstigen Erweiterungen der Hypothekforderungen erheblich überspannt worden. Man hat zu wenig darauf Rücksicht genommen, daß die Gläubiger regelmäßig nicht gewillt sind, ihr Geld auf eine in Ansehung der Zinsen und Kosten so sehr eingeschränkte Hypothek zu geben, und daß die Ausdehnung der Hypothekhaftung auf Zinsen und Kosten durch entsprechende Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner im Interesse des Hypothekverkehrs nicht verboten werden darf und kann. Gönner gedenkt in seinem Kommentar nirgends der Möglichkeit, daß die Beschränkung der Hypothekhaftung den Interessen der Beteiligten nicht entsprechen könnte, und daß deshalb die Beteiligten versuchen würden, die Hypothekhaftung über die gesetzlichen Schranken der §§ 42, 43 HypG. hinaus zu erweitern; nach seiner Anschauung war dem Bedürfnis durch den gesetzlichen Hypothektitel des § 12 Ziff. 11 HypG. genügt, wonach die Gläubiger für r ü c k s t ä n d i g e Zinsen und Kosten das Recht auf Erwerb einer eigenen Hypothek hatten. Auch die Instruktion über den Vollzug des HypG. v. 13. März 1823 und ihre Beilagen enthalten keinen Anhaltspunkt dafür, daß und wie die Hypothekhaftung auf die nach den gesetzlichen Vorschriften nicht gedeckten Zinsen und Kosten ausgedehnt werden konnte; in den der Instruktion beigegebenen Formularien und Mustereinträgen finden sich insbesondere noch keine Vorträge von Zinsen- und Kostenkautionen. Berücksichtigt man dazu, daß Gönner nach seinen oben wiedergegebenen Worten die Einschränkung der Hypothekhaftung für Zinsen und Kosten als notwendige Folge des Prinzips „der Bestimmtheit", also eines zwingenden, nicht dispositiven Rechtsgrundsatzes hinstellt, so könnte man fast zur Anschauung verleitet werden, das bayer. HypG. habe die vertragsmäßige Ausdehnung der Hypothekhaftung über die durch die §§ 42, 43 gezogenen Grenzen hinaus untersagen wollen. Dieser Schluß wäre aber irrig; im Interesse des Hypothekverkehrs durfte und sollte den die Hypothekhaftung ausdehnenden Vereinbarungen die Wirksamkeit nicht versagt werden. Die Frage war nur, unter welchen Voraussetzungen diese zur Wirksamkeit gelangen konnten.

Die Vereinbarung, wonach die Hypothek auch für die nach den §§ 42, 43 HypG. nicht gedeckten Zinsen und Kosten haften sollte, mußte, um Gültigkeit zu erlangen, gemäß §§ 9, 25, 26 HypG. in das Hypothekenbuch eingetragen werden; wie für die rechtswirksame E n t s t e h u n g der Hypothek, so mußte ohne Zweifel auch für ihre E r w e i t e r u n g auf die nach dem Gesetze nicht gedeckten Nebenforderungen die Eintragung gefordert werden. Dagegen hätte sich wohl darüber streiten lassen, ob bei der Eintragung der Wert der durch die Hypothekerweiterung zu sichernden Zinsen und Kosten in einer bestimmten Gesamtsumme ausgedrückt werden mußte. Die bayerische Praxis hat, wie gleich ausgeführt werden wird, diese Frage mit Rücksicht auf § 19 HypG. bejaht, wonach die hypothekarisch zu sichernden Forderungen unbestimmten Inhalts mit einer bestimmten Summe im Hypothekenbuch einzutragen waren; die Praxis mag hiebei auch erwogen haben, daß das HypG. die Zinsen- und Kostenforderungen gerade wegen ihres unbestimmten Betrages von der Hypothekhaftung ausnahm. Die, wie hier im Anschluß an die stete Praxis zugegeben werden soll, nach § 19 HypG. n ö t i g e Angabe eines bestimmten Gesamtbetrages der durch die Hypothekerweiterung zu sichernden Zinsen und Kosten konnte in zweifacher Weise geschehen. Der Wille der Kontrahenten (des Hypothekgläubigers und Schuldners) konnte dahin gehen, daß die Hypothekhaftung auf a l l e nach dem Gesetze nicht gedeckten Zinsen und Kosten ausgedehnt werden sollte; dann war gemäß § 19 HypG. ihr Anschlagswert anzugeben und einzutragen, der nach eben dieser Vorschrift späterhin wegen Veränderung der Umstände hätte erhöht oder gemindert werden können. Der Gläubiger und Schuldner konnten aber auch vereinbaren, daß die Erweiterung der Hypothekhaftung für Zinsen und Kosten nur bis zu einem bestimmten Höchstbetrag erfolgen, durch diesen begrenzt sein sollte; auch damit war dem Bestimmtheitsprinzipe des § 19 HypG. Rechnung getragen. Der Höchstbetrag war in diesem Falle unveränderlich; die Haftung der Hypothek für nicht gedeckte Zinsen und Kosten konnte nur bis zu dem Höchstbetrag in Anspruch genommen werden. Die bayerische Praxis hat den zuletzt bezeichneten Weg eingeschlagen; Gläubiger und Schuldner vereinbarten, daß die Hypothekhaftung auf die nach §§ 42, 43 HypG. nicht gesicherten „Zinsen und Kosten (und Schäden)" bis zu einem bestimmten Höchstbetrage — in der Regel bis zu 10% der Hauptforderung — erweitert werden sollte. Diese vertragsmäßige Erweiterung der gesetzlichen Hypothekhaftung wurde als „Kaution, Zinsen- und Kostenkaution, Nebenkaution, Unterkaution" bezeichnet und regelmäßig in folgender Weise in das Hypothekenbuch eingetragen: (Siehe Tabelle S. 499.) So sind in Bayern die Zinsen- und Kostenkautionen entstanden, deren früheste



| Nr. | Hypotheken, deren Cessionen und Löschungen | | |
|---|---|---|---|
| 1/I | Am 1. Oktober 1854. Einhundertzehntausend Mark der Bayer. Hyp.- u. Wechselbank, und zwar: a) 100 000 Mk. . . . . Darlehen; b) 10000 Mk. Kaution für Zinsen und Kosten (u. Schäden). Lt. Urk. . . . . . | 110000 | Hyp.-Prot. Bd. II S. 70 |

Einträge im Hypothekenbuche des Amtsgerichts München I A in die 1840er Jahre zurückreichen.[1])

Die Zinsen- und Kostenkautionen sahen nach der Form ihrer Eintragung einer gewöhnlichen Kautionshypothek nicht unähnlich. Immerhin wies bereits ihre formelle Behandlung darauf hin, daß es sich um Erweiterungen der Haupthypothek, nicht um selbständige Kautionshypotheken handelte; dafür sprach, daß die Zinsen- und Kostenkautionen unter derselben fortlaufenden Nummer einheitlich mit der Haupthypothek vorgetragen, und daß auch sonst in formeller Beziehung, z. B. bei Rangausweichungen, Löschungen, Verweisungen die Haupthypotheken nebst den dazu gehörigen Zinsen- und Kostenkautionen als einheitliche Hypotheken, nicht als zwei verschiedene selbständige Hypothekrechte behandelt wurden. Diese äußere, nicht große Aehnlichkeit der Zinsen- und Kostenkautionen mit gewöhnlichen Kautionshypotheken und der Name „Kautionen“ erklärt es, wenn die spärlichen wissenschaftlichen Abhandlungen, die sich etwas näher mit den Zinsen- und Kostenkautionen befassen, sie formell als besondere (Unter-)Arten der Kautionshypotheken behandeln (vgl. Regelsberger, die Sicherheitshypothek, Bl. f. RA. Bd. 36 S. 129 ff.; derselbe, Das bayerische Hypothekenrecht S. 331, 413; Eduard Graf, Nachträge zu Gönners Kommentar S. 78; Zeitschrift des Anwaltsvereins für Bayern Bd. 7 S. 252; Zeitschrift für das Notariat Bd. 6 S. 314 u. S. 321; Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern [Fortsetzung], 1864, S. 116). Für die Frage, ob die Zinsen- und Kostenkautionen selbständige Kautionshypotheken oder nur unselbständige Erweiterungen der Haupthypotheken waren, kann weder auf ihre formelle Behandlung noch darauf besonderes Gewicht gelegt werden, daß sie in Theorie und Gerichtspraxis ohne nähere sachliche Prüfung als Unterart den Kautionshypotheken angereiht wurden. Die sachliche Prüfung der Zinsen- und Kostenkautionen führt mit Sicherheit zu dem Ergebnisse, daß sie keine selbständigen Kautionshypotheken waren.

Dem Gläubiger und Schuldner standen zur Ausdehnung der Hypothekhaftung auf die nach §§ 42, 43 HypG. ungedeckten Zinsen und Kosten zwei Wege offen. Sie konnten die Hypothekhaftung ohne Begründung einer selbständigen Kautionshypothek erweitern, mußten aber diesfalls auf Grund des § 19 HypG. den Anschlagswert oder den Höchstbetrag der Hypothekerweiterung in bestimmter Summe ausdrücken und in das Hypothekenbuch eintragen lassen; im bayerischen Hypothekenverkehr ist, wie oben ausgeführt wurde, die Festsetzung und Eintragung des Höchstbetrages üblich geworden. Daneben war den Beteiligten auch die Begründung einer selbständigen Kautionshypothek zur Sicherung der ungedeckten Zinsen und Kosten gestattet. Das Oberste Landesgericht hat in dem Beschlusse vom 23. Juni 1905 nur den zuletzt bezeichneten Weg für zulässig erklärt und die Möglichkeit, daß nach bayer. Hyp.-Recht die Hypothekhaftung ohne Begründung einer selbständigen Hypothek erweitert werden konnte, verneint. Diese Anschauung des Obersten Landesgerichts ist nicht über jeden Zweifel erhaben; ihre Richtigkeit wird später näher geprüft werden. Hier mag die Erweiterung der Hypothekhaftung auf ungedeckte Zinsen und Kosten ohne Begründung einer selbständigen Hypothek einstweilen als zulässig vorausgesetzt werden, und dafür vorerst der Hinweis genügen, daß das bayerische HypG. sich mit der Frage, wie der Gläubiger und Schuldner die durch die §§ 42, 43 HypG. der Hypothekhaftung gezogenen Grenzen beseitigen konnten, nicht befaßt, daß es weder den einen noch den anderen der oben hiefür als möglich bezeichneten Wege ausdrücklich für zulässig erklärt oder ausdrücklich verbietet. Das bayerische Hypothekenrecht nahm hiernach denselben Standpunkt ein wie das BGB., das nach § 1115 die Erstreckung der Hypothek ohne Begründung eines selbständigen Hypothekrechtes auf die kraft Gesetzes nicht gedeckten Nebenforderungen zuläßt, aber hiezu die Angabe und Eintragung eines bestimmten Geldbetrages für die Nebenforderungen verlangt (siehe darüber noch unten).

Die Zinsen- und Kostenforderungen, die das HypG. von der Hypothekhaftung ausnahm, die Hauptforderung und die kraft Gesetzes von der Hypothekhaftung umfaßten Vertragszinsen des laufenden und des vorausgegangenen Jahres entsprangen alle einem einheitlichen Schuldverhältnisse. Der Natur der Sache entsprach es, daß für diese einheitliche Forderung eine einheitliche Hypothek errichtet, die Haupthypothek also auf die nicht gedeckten Nebenforderungen lediglich erweitert wurde; zwei selbständige Hypotheken, neben der Haupthypothek noch eine selbständige Zinsen- und Kostenkautionshypothek für ein und dasselbe Forderungsverhältnis zu schaffen, hätte weder der natürlichen Sachlage noch den Interessen der Beteiligten entsprochen. Die Errichtung einer selbständigen Zinsen- und Kautionshypothek hätte dem Schuldner (Eigentümer) zwar das Recht gegeben, im Wege der Hypothekerneuerung über die löschungsreife Kautionshypothek zu verfügen (s. darüber oben unter I), dafür aber den Rang der

[1]) Der früheste Eintrag geschah zugunsten der Bayer. Hyp.- u. Wechselbank und trägt das Datum: 7. Jänner 1847.

gleichstehenden und nachfolgenden Hypothekgläubiger verschlechtert und es dem Schuldner erschwert, den Kreditwert seines Grundstückes noch weiter auszunutzen. Das Interesse des Schuldners erforderte lediglich, daß die Hypothekhaftung auf die nach dem Gesetz ungedeckten Zinsen und Kosten in unselbständiger Weise erweitert wurde, weil der Gläubiger nur unter dieser Voraussetzung zur Belehnung des Grundstückes bereit war. Der Gläubiger erhielt mit der Erweiterung der Haupthypothek auf die ungedeckten Zinsen und Kosten alles, was er wollte; an der Begründung einer selbständigen Kautionshypothek hatte er keinerlei Interesse. Erwägt man dies alles, so wird man zugeben müssen, daß der Gläubiger und Schuldner mit den Zinsen- und Kostenkautionen keine selbständigen Hypotheken begründen, sondern die Haupthypotheken lediglich erweitern wollten. Aus ganz ähnlichen Gründen ist für das BGB. anzunehmen, daß die Beteiligten, wenn sie die Hypothekhaftung auf ungedeckte Nebenforderungen ausdehnen und dafür einen Höchstbetrag angeben, im Zweifel keine selbständige Hypothek gemäß § 1190 BGB. begründen, sondern nur eine unselbständige Hypothekerweiterung im Sinne des § 1115 BGB. schaffen wollen.

Die Beteiligten wollten mit den Zinsen- und Kostenkautionen unselbständige Erweiterungen der Haupthypotheken schaffen; das bayerische Hypothekenrecht stand der Ausdehnung der Hypothekhaftung ohne Begründung selbständiger Kautionshypotheken nicht im Wege. Diese beiden Sätze, von denen der letztere noch später näher zu begründen sein wird, werden bestätigt durch die mehr als fünfzigjährige Praxis der bayerischen Gerichte. Man lasse sich über den Kern der Sache nicht dadurch hinwegtäuschen, daß in Theorie und Praxis die Zinsen- und Kostenkautionen als Unterarten, besondere Arten der Kautionshypotheken als streng einseitige Kautionshypotheken, bezeichnet wurden. Dieser Name war auch alles, worin man sie den gewöhnlichen Kautionshypotheken gleichstellte; der Sache nach wurden sie als unselbständige Hypothekerweiterungen behandelt und dem rechtlichen Schicksale der Haupthypotheken unterworfen. Wären sie gewöhnliche und selbständige Kautionshypotheken gewesen, so hätte der Eigentümer in selbständiger Weise nach Beendigung des Grundverhältnisses (hier des Hauptschuldverhältnisses) über ihren Rang in Höhe der auf sie aufgelaufenen und später wieder löschungsreif gewordenen Nebenforderungen durch Hypothekerneuerung verfügen dürfen (s. darüber oben unter I); niemand aber hat es für zulässig erachtet, daß der Eigentümer in solcher Weise den Rang einer erledigten Zinsen- und Kostenkaution gemäß § 84 HypG. einer neu zu errichtenden Hypothek einräume, also z. B. an die Stelle einer löschungsreifen Hypothek von 100 000 Mk. Hauptbetrag + 10 000 Mk. Nebenkaution später eine Hypothek von 101 000 Mk. Hauptbetrag (100 000 Mk. + 1000 Mk. Betrag der auf die Nebenkaution aufgelaufenen Zinsen und Kosten) setze. Dagegen hat man niemals bezweifelt, daß der Eigentümer, wenn die Hauptforderung löschungsreif war, nicht nur ihren, sondern auch den Rang der Zinsen- und Kostenkaution als solcher, also den erweiterten Rang der Haupthypothek auf eine neue Hypothek übertragen, so z. B. eine löschungsreife Hypothek von 100 000 Mk. Hauptbetrag + 10 000 Mk. Nebenkaution durch eine Hypothek mit demselben Hauptbetrag und derselben Nebenkaution ersetzen dürfe. Diese Verfügung über den Rang der Zinsen- und Kostenkaution war nur zulässig, wenn sie eine unselbständige Erweiterung der Haupthypothek, nicht wenn sie eine selbständige Kautionshypothek war; denn die Hypothekerneuerung war (vgl. oben I) bei selbständigen Kautionshypotheken sehr beschränkt, nur bis zur Höhe des bei Erledigung des Grundverhältnisses aufgelaufenen und später wieder löschungsreif gewordenen Forderungsbetrages gestattet.[1]) Darüber, ob die gewöhnliche Kautionshypothek an einen anderen Gläubiger abgetreten werden konnte, herrschte viel Unklarheit. Richtiger Anschauung nach konnte weder das der Kautionshypothek zugrunde liegende Verhältnis, noch die Kautionshypothek selbst im Wege der gewöhnlichen Zession und Schuldübernahme auf einen anderen Gläubiger übertragen werden; abtretbar waren lediglich die einzelnen aus dem Grundverhältnis entsprungenen Forderungen nebst dem entsprechenden Hypothekrechte. Die Kautionshypothek als solche konnte ein neuer Gläubiger nur in der Weise übernehmen,

---

[1]) Wenn sich im Zeitpunkte der Grundbuchanlegung das Grundverhältnis der **gewöhnlichen** Kautionshypothek bereits erledigt hatte, dann findet nach den Ausführungen unter I oben keine Ueberleitung der Kautionshypothek in eine Maximal- oder Eigentümerhypothek statt. Waren auf die Kautionshypothek keine Forderungen aufgelaufen, so hatte der Eigentümer nach bayer. Rechte die Befugnis zur Hypothekerneuerung nicht und entbehrt dieses Rechtes auch unter der Herrschaft des BGB. Dagegen hatte der Eigentümer, wenn eine gewöhnliche Hypothek nebst der Nebenkaution noch vor der Grundbuchanlegung löschungsreif, aber nicht gelöscht worden war, das Recht der Hypothekerneuerung in der im Texte näher dargelegten Weise; er konnte den Rang der Haupthypothek einschließlich ihrer durch die Nebenkaution geschehenen Erweiterung einer anderen Hypothek übertragen und muß dieses Recht auch für die Zeit nach der Grundbuchanlegung behalten. Wie aber wollen diejenigen, welche in der Nebenkaution eine selbständige Kautionshypothek sehen, diese Frage beantworten? Soll der Eigentümer unter dem neuen Grundbuchrechte nicht nur die Haupthypothek, sondern auch die Nebenkaution, letztere in selbständiger Weise, durch neue Hypotheken ersetzen dürfen? Oder soll dem Eigentümer die Befugnis zur Hypothekerneuerung nur bezüglich der Haupthypothek gestattet und bezüglich ihrer Erweiterung, der Nebenkaution, versagt werden? Gerade bei diesen und ähnlichen Fragen zeigt es sich sehr deutlich, daß den Zinsen- und Kostenkautionen der Charakter selbständiger Kautionshypotheken fremd war und auch unter dem neuen Rechte fremd bleiben muß, wenn man nicht zu unverständlichen Ergebnissen gelangen will.



daß sie mittels entsprechender Umgestaltung des Grundverhältnisses unter Zustimmung der sämtlichen Beteiligten, insbesondere auch der nachfolgenden Hypothekgläubiger durch eine neue Hypothek ersetzt wurde. Im Gegensatze hiezu wurde die Zinsen- und Kostenkaution im Wege der gewöhnlichen Zession auf einen anderen Gläubiger übertragen und galt auch ohne ausdrückliche Erwähnung als abgetreten, wenn die Haupthypothek zediert worden war. Die zuletzt bezeichnete Rechtsfolge läßt sich jedenfalls nur damit erklären, daß die Zinsen- und Kostenkaution als unselbständiges Anhängsel der Haupthypothek erachtet wurde. Daß die Zinsen- und Kostenkaution im Gegensatze zu den gewöhnlichen Kautionshypotheken überhaupt übertragen werden konnte, hat Regelsberger (Bayer. Hyp.R. S. 413) als die Folge der Abtretbarkeit ihres Grundverhältnisses, einer streng einseitigen Schuldverpflichtung hingestellt; da die Zinsen- und Kostenkaution lediglich eine Hypothekerweiterung bildete, so ergibt sich daraus ohne weiteres, daß sie zusammen mit der Haupthypothek der Abtretung fähig war.

Die Behandlung der gewöhnlichen Kautionshypotheken im Subhastationsverfahren wurde oben unter II geschildert. Hiernach wurden die Kautionshypotheken mit dem Höchstbetrag in das Mindestgebot eingesetzt, erloschen im Subhastationsverfahren selbst dann, wenn sie im Mindestgebote standen, waren bar zu zahlen und konnten auch im Wege der „Uebernahme des Ansteigerers als Alleinschuldner" nicht aufrechterhalten werden. Diese Sätze hätten, auf die Zinsen- und Kostenkautionen angewendet, zu unmöglichen Ergebnissen geführt. Die Gesetzgebung hat deshalb für die Zinsen- und Kostenkautionen besondere Bestimmungen getroffen. Die Zinsen- und Kostenkaution war im Mindestgebote nur mit den nach Art. 3 der Nov. z. SubhO. anzumeldenden rückständigen Beträgen zu berücksichtigen und nur insoweit bar zu zahlen, wurde, wenn die Haupthypothek im Mindestgebote stand, ohne Anrechnung auf den Strichschilling (Art. 8 der Nov. z. SubhO.) und andernfalls dadurch ohne weiteres aufrechterhalten, daß der Ansteigerer von dem Haupthypothekgläubiger als alleiniger Schuldner übernommen wurde. Die SubhO., insbesondere die Novelle hiezu haben hiernach überall die Zinsen- und Kostenkautionen als unselbständige Anhängsel der Haupthypotheken behandelt und dem rechtlichen Schicksale der letzteren unterworfen. Man wende nicht ein, daß der Gesetzgeber nur der besonderen, von anderen Kautionshypotheken verschiedenen Natur der Zinsen- und Kostenkautionen Rechnung getragen, die Unterkautionen aber damit noch nicht zu bloßen Hypothekanhängseln gestempelt habe (vgl. Begründung z. Nov. z. SubhO. Verh. d. K. d. Abg. Beilagenbd. 9 S. 146 ff). Die besondere Natur, welche die Nov. z. SubhO. der Zinsen- und Kostenkaution aufprägt, ist nicht die einer selbständigen Kautionshypothek, sondern die einer unselbständigen Erweiterung der Haupthypothek.[1])

Mit dem Zeitpunkt, in dem das Grundbuch in Bayern für angelegt erklärt gilt, verwandeln sich die Hypotheken des bayerischen Rechtes als einheitliche Hypotheken, also zu ihrem vollen durch die Zinsen- und Kostenkautionen erweiterten Umfange auf Grund des Art. 192 Abs. 1 S. 1 EG. z. BGB. in Buchhypotheken des bürgerlichen Gesetzbuches. Soweit bereits das BGB. die Haftung der Hypotheken gemäß § 1118 auf die Zinsen und Kosten erstreckt, werden damit die Zinsen- und Kostenkautionen gegenstandslos. Dabei ergibt sich für das Zwangsversteigerungsverfahren die Frage, ob hier wegen der Nebenkautionen außer den laufenden und den aus den letzten zwei Jahren rückständigen auch den noch früher fällig gewordenen Zinsbeträgen der Rang des § 10 Ziff. 4 ZVG. zuzubilligen sei. Die Frage, deren praktische Bedeutung nicht weit reicht, dürfte mit Rücksicht auf den Zweck der Nebenkautionen zu bejahen sein. Soweit die Zinsen- und Kostenkautionen andere als die nach § 1118 BGB. bereits von der gesetzlichen Hypothekhaftung umfaßten Nebenforderungen sichern sollen, sind sie als zur Deckung von Nebenleistungen bestimmte eingetragene Geldbeträge im Sinne des § 1115 BGB. zu behandeln.

Die im vorstehenden begründete Anschauung von der Unselbständigkeit der Zinsen- und Kostenkautionen teilte der Beschluß des Landgerichts München I vom 23. Mai 1905 (mitgeteilt auf S. 287 dieser Zeitschrift); die Zinsen- und Kostenkautionen wurden hier als unselbständige Belastungsformen, unselbständige Anhängsel der Haupthypotheken bezeichnet. Diesen Beschluß hat das Oberste Landesgericht am 23. Juni 1905 aufgehoben und hierzu folgendes ausgeführt: „Hypotheken, die nur unselbständige Anhängsel einer anderen Hypothek seien, kenne das bayer. Hypothekengesetz ebensowenig wie das BGB. Die für Zinsen- und Kostenansprüche bestellte Höchstbetragshypothek und die für den Hauptanspruch bestellte Hypothek stünden selbständig nebeneinander; die Höchstbetragshypothek für Zinsen und Kosten sei nach der Ausdrucksweise des § 43 S. 2 HypG. ebenso eine „eigene", d. h. besondere Hypothek wie die Hypothek für bereits entstandene Zinsenrückstände und Kosten, die auf Grund des in § 12

---

[1]) Von Interesse ist noch, daß Art. 389 d. Entw. eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern (Fortsetzung), 1864, die Zinsen- und Kostenkautionen durch Ausdehnung der gesetzlichen Hypothekhaftung für Zinsen und Nebenforderungen auf 1/5 der Hauptforderung ersetzen wollte, und daß der Gebührenbewertung der Hypothekbestellungsurkunden nach dem bayer. Gebührengesetze nur der Betrag der Haupthypothek, nicht auch derjenige der Zinsen- und Kostenkaution zugrunde gelegt wurde.

Ziff. 11 HypG. bestimmten gesetzlichen Hypothektitels eingetragen werde. (S. 350 dieser Zeitschrift.)

Aus diesen Gründen nahm das Oberste Landesgericht an, daß die Zinsen- und Kostenkautionen im bayerischen Rechte selbständige Kautionshypotheken waren, auf Grund des Art. 192 Abs. 1 Satz 2 EG. z. BGB. mit der Anlegung des Grundbuches in Maximalhypotheken übergingen und in der Folge zu Eigentümerhypotheken werden können.

Die rechtlichen Folgen, die aus dieser Entscheidung des Obersten Landesgerichts abgeleitet wurden, haben die bayerischen Juristen- und Geschäftskreise in große Aufregung versetzt. Die nach dem Obersten Landesgericht an die Stelle der Zinsen- und Kostenkautionen getretenen Maximalhypotheken würden sich nach Maßgabe der unter I und II oben aufgestellten Grundsätze mit der (innerhalb oder außerhalb eines Subhastations- bzw. Zwangsversteigerungsverfahrens eintretenden) Erledigung ihres Grundverhältnisses (des Schuldverhältnisses) in Eigentümerhypotheken verwandeln. Den Eigentümern stünde schon vorher das bedingte Recht auf Erwerb der an ihre Stelle tretenden Eigentümerhypotheken zu; dieses könnte übertragen und gepfändet werden, wobei allerdings zu berücksichtigen wäre, daß das Reichsgericht (im Gegensatze zum Obersten Landesgericht) in dem Beschlusse vom 18. Oktober 1905 die Eintragung der Pfändung und Uebertragung in das Grundbuch auf Grund des § 40 GBO. für unzulässig erklärt hat. Da die Nebenkautionen nur zu geringen Beträgen, vielfach auch gar nicht in Anspruch genommen sind, würden sie in der Regel, nämlich insoweit als auf sie keine Forderungen aufgelaufen sind, an diejenigen fallen, welche Eigentümer der Grundstücke zur Zeit der Grundbuchanlegung waren. Waren auf die Nebenkautionen Forderungen aufgelaufen, aber noch vor der Erledigung des Grundverhältnisses wieder erloschen, dann würden diejenigen, welche zur Zeit des Unterganges der Forderungen Grundstückseigentümer waren, die Eigentümerhypotheken je in Höhe der erloschenen Forderungen erhalten; in Höhe der noch vor der Grundbuchanlegung zurückgezahlten Beträge könnten jedoch die Eigentümerhypotheken nur den Eigentümern zur Zeit der Grundbuchanlegung zugute kommen (s. oben I und II). Die Feststellung, inwieweit auf Grund dieser Sätze die Zinsen- und Kostenkautionen zu Eigentümerhypotheken geworden und an welche Eigentümer sie gefallen sind, würde großen Schwierigkeiten begegnen, im Vollstreckungsverfahren manchmal gar nicht möglich sein. Im Subhastationsverfahren wären die Zinsen- und Kostenkautionen als nunmehrige Maximalhypotheken zum vollen Betrag in das Mindestgebot einzusetzen und vom Ansteigerer bar zu zahlen (Art. 2 Abs. 2, Art. 8 Abs. 2 Nov. z. SubhO); die besonderen Bestimmungen der Art. 2, 3, 8 Abs. 3 Satz 2 Nov. z. SubhO. (s. oben) könnten keine Anwendung mehr finden, da es die unselbständigen Zinsen- und Kostenkautionen im Sinne dieser Vorschriften nicht mehr gäbe. Die gegenteilige Annahme würde zu unmöglichen Folgen führen; ginge die im Mindestgebot stehende Zinsen- und Kostenkaution nach Art. 8 Abs. 3 Satz 2 Nov. z. SubhO. noch wie früher auf den Ansteigerer ohne Anrechnung auf den Strichschilling über, dann müßte der Ansteigerer eine Kautionshypothek übernehmen, die später bei Erledigung des Grundverhältnisses an einen früheren Eigentümer zurückfiele, ohne daß er für diese Belastung irgend einen Ausgleich hätte. Soviel bekannt ist, haben die bayer. Notare in den gemäß § 15 EG. z. ZVG. noch nach der SubhO. zu erledigenden Verfahren die Zinsen- und Kostenkautionen **nicht** als selbständige und bar zu zahlende Maximalhypotheken in das Mindestgebot eingestellt; die Nebenkautionen wurden insoweit noch als unselbständige Hypothekanhängsel behandelt und dem Ansteigerer auf den Strichschilling nicht angerechnet. Die Ansteigerer müßten die ihnen nicht angerechneten Nebenkautionen, die als Maximalhypotheken im Subhastationsverfahren erloschen und an frühere Eigentümer gefallen sind, nunmehr zahlen. Wen könnten sie hiefür haftbar machen? Wollte der Ansteigerer die Barzahlung der Nebenkaution, mag sie im Mindestgebote stehen oder nicht, vermeiden, so müßte er das schon oben geschilderte Uebereinkommen über seine Annahme als Alleinschuldner mit dem Gläubiger und denjenigen Eigentümern treffen, an welche die Nebenkaution gefallen ist; der Höchstbetrag der übernommenen Nebenkaution wäre ihm dann auf den Strichschilling anzurechnen. Im Verfahren nach dem ZVG. wären die Nebenkautionen als Maximalhypotheken im Mindestgebote zu berücksichtigen; sie blieben diesfalls nach § 52 ZVG. aufrecht erhalten. Stehen sie nicht im Mindestgebote, so wären sie bar zu zahlen und würden erlöschen; die Barzahlung könnte dadurch vermieden werden, daß der Ansteigerer mit dem Gläubiger und den Eigentümerhypothekaren ihre Aufrechterhaltung als gewöhnliche (nicht Kautions-) Hypotheken vereinbart. Die Eintragung von Rangeinräumungsverzichten würde die Umwandlung der Nebenkautionen in Eigentümerhypotheken nicht verhindern. Die Nebenkautionen wären in jeder Hinsicht im Zwangsversteigerungsverfahren ebenso wie die übrigen aus den bayerischen Kautionshypotheken übergeleiteten Maximalhypotheken zu behandeln; zur Vermeidung von Wiederholungen muß auf das oben unter II hierüber Gesagte verwiesen werden.

Erwägt man zu alledem, daß die Nebenkautionen als Maximalhypotheken **selbstverständlich** den Gleichrang mit den Haupthypotheken und den Vorrang vor den Nachhypotheken hätten, dann würde die Anschauung von der Selbständigkeit der Zinsen- und Kostenkautionen zu Ergebnissen führen, die nimmermehr Recht sein könnten,

auch wenn sie noch so sehr den Buchstaben des Gesetzes für sich hätten, und die weder das Oberste Landesgericht noch die bayer. Untergerichte jemals billigen dürfen. Die Richter, denen die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen zugewiesen ist, haben täglich Gelegenheit, zu sehen, welche Blüten die Ansicht von der Selbständigkeit der Zinsen- und Kostenkautionen schon gezeitigt hat. Als Beispiel hiefür mag hier nur der folgende, der Praxis entnommene Fall angeführt werden: In der Zwangsversteigerung eines Anwesens, auf dem an 1. Stelle eine Hypothek von 100000 Mk. nebst 10000 Mk. Nebenkaution, an 2. eine solche von 10000 Mk. nebst 1000 Mk. Nebenkaution und an 3. Stelle eine Hypothek des Händlers X von 15000 Mk. nebst 1500 Mk. Nebenkaution eingetragen war, sollte nach dem Teilungsplane die 3. Hypothek des X, der das Anwesen eingesteigert hat, mit einem Teilbetrage von 10000 Mk. zum Zuge kommen; der angebliche Uebergang der Nebenkautionen in Maximalhypotheken war in dem Teilungsplane nicht berücksichtigt. Der Eigentümer (Subhastat) des Anwesens ist im Konkurse. Der Konkursverwalter erklärt im Verteilungstermin, er müsse mit Rücksicht auf den Beschluß des Obersten Landesgerichts gegen den Teilungsplan Widerspruch erheben, er verlange aus dem Versteigerungserlös einen Betrag von 10000 Mk. für die an 1. Stelle eingetragene, nicht in Anspruch genommene und an den Gemeinschuldner gefallene Nebenkaution und überdies 909 Mk. 09 Pf. von dem der 2. Hypothek zugeteilten Gesamtbetrag von 10000 Mk., da dem Gemeinschuldner als Inhaber der zu dieser Hypothek eingetragenen Nebenkaution zu 1000 Mk. Gleichrangbefriedigung mit der Haupthypothek zukomme. Den Prozeß über diese Ansprüche wird der Konkursverwalter kaum gewinnen, von seinem Ausgange hängt die wirtschaftliche Existenz des Ansteigerers X, eines Mannes in bescheidenen Vermögensverhältnissen, ab. Wer die Verhältnisse solcher Ansteigerer kennt, der weiß, daß sich für den X auch bei glücklichem Ausgange des Prozesses erhebliche wirtschaftliche Nachteile daraus ergeben können, daß das ersteigerte Anwesen vorläufig nicht auf ihn umgeschrieben werden kann.

Die bayerischen Gerichte werden die Konsequenzen der Anschauung von der Selbständigkeit der Zinsen- und Kostenkautionen wegen ihrer offenbaren Unbilligkeit nicht ziehen; das dürfte sich mit Sicherheit voraussagen lassen. Sie werden aber dann diese Anschauung selbst fallen lassen müssen, wenn wirklich den Betroffenen die im vorstehenden angedeuteten Schäden erspart bleiben sollen. Wie man hört, wollen manche den Ausweg in der Weise finden, daß sie zwar die Ansicht von der Selbständigkeit der Nebenkautionen aufrecht zu erhalten, aber ihre Konsequenzen mit Hilfe des § 1176 BGB., mit Hilfe einer exceptio doli und anderen Mitteln abzuwenden suchen.[1]) Die Bestimmung des § 1176 BGB. könnte nur dann angewendet werden, wenn man Haupthypothek und Nebenkaution als einheitliche Hypothek betrachtet; dann könnte man allerdings wenigstens den Gleichrang der aus den Nebenkautionen hervorgegangenen Eigentümerhypotheken mit den Haupthypotheken vermeiden, würde aber damit hier die Unselbständigkeit der Nebenkautionen einbekennen, die man doch im übrigen ablehnen will. Wer mit § 1176 BGB. helfen, einen so innigen Zusammenhang zwischen Haupthypothek und Nebenkaution annehmen und damit die beiden Hypotheken zu einer einheitlichen Hypothek verschmelzen will, der gebe lieber zu, daß dieser innige Zusammenhang schon im bayerischen Hypothekenrechte bestand, daß schon hier die Haupthypothek und ihr unselbständiges Nebenkautionsanhängsel eine einheitliche Hypothek bildeten. Im übrigen sollen diese Versuche, die ganz logischen Folgen der Anschauung von der Selbständigkeit der Nebenkautionen zu vermeiden, hier nicht näher geprüft werden. Um ihres Zweckes willen wären sie an sich nur zu begrüßen; sie werden aber kaum das Ziel vollständig erreichen. Wird die Anschauung von der Selbständigkeit der Nebenkautionen aufrecht erhalten, dann ist ihr Uebergang in Eigentümerhypotheken im Zwangsversteigerungsverfahren zu berücksichtigen und die Verteilung des Versteigerungserlöses dementsprechend vorzunehmen, mag man auch den betroffenen Gleich- und Nachhypothekaren später in den Prozessen, zu deren Führung man sie so zwingt, mit einer exceptio doli oder sonstwie zum Siege verhelfen; auf diesem Wege können ihnen keinesfalls die Sorgen, Kosten und die sonstigen wirtschaftlichen Nachteile der Prozesse und der Verzögerung der Grundbuchberichtigung erspart werden. Nur dann können alle nachteiligen Folgen der Anschauung von der Selbständigkeit der Nebenkautionen vermieden werden, wenn man diese Anschauung selbst fallen läßt.

Das Oberste Landsgericht begründet die Anschauung von der Selbständigkeit der Nebenkautionen mit einem einzigen Satze: „Hypotheken, die nur unselbständige Anhängsel einer anderen Hypothek sind, kennt das bayerische HypG. ebenso wenig wie das BGB." Vor allem muß der Gleichstellung mit dem BGB. widersprochen werden; das BGB. läßt nach der überwiegenden Meinung seiner Kommentatoren (abw. A. nur Planck zu § 1178

---

[1]) So will der Beschluß des OLG. München vom 20. Nov. 1905 (s. Seite 514 dieser Nummer) den § 1176 BGB. zwar nicht wörtlich, aber sinngemäß anwenden und auf solche Weise den Gleichrang der an die Stelle der Nebenkaution getretenen Eigentümerhypothek mit der Haupthypothek vermeiden. Wie das obige Beispiel zeigt, führt nicht sowohl der Gleichrang als vielmehr der Vorrang der Nebenkautionen vor den folgenden Hypotheken zu den unbilligsten Folgen; diesen Vorrang wird man aber nur damit beseitigen können, daß man den Zinsen- und Kostenkautionen den Charakter selbständiger Hypotheken abspricht.

Anm. 1 b) die unselbständige Erweiterung der Haupthypothek auf Nebenforderungen in der Weise zu, daß gemäß § 1115 BGB. der Geldbetrag der Nebenforderungen in das Grundbuch eingetragen wird. Die Unselbständigkeit einer solchen Hypothekerweiterung zeigt sich im Gegensatze zur selbständigen Maximalhypothek darin, daß durch § 1178 BGB. der Uebergang in die Eigentümerhypothek ausgeschlossen wird (Vgl. Staudinger, Kommentar zum BGB. Anm. 1 d zu § 1178). Der erste Entwurf (§§ 1064, 1101) wollte allerdings nach den Mot. III S. 649, 650 die Ausdehnung der Hypothekhaftung auf die kraft Gesetzes nicht gedeckten Nebenforderungen nur durch Begründung einer besonderen Hypothek zulassen; § 1101 Entw. I nimmt deshalb von dem Grundsatze, daß die Hypothek bezüglich der Kosten nicht eigentümerhypothekfähig sei, den Fall aus, daß für die Kosten ein bestimmter Betrag eingetragen ist, und § 1064 Entw. I erwähnt noch nichts davon, daß die Hypothek durch Eintragung des Geldbetrages auf ungedeckte Nebenforderungen erweitert werden könne. Im zweiten Entwurf, dessen Bestimmungen in das BGB. (§§ 1115, 1178) übergingen, wurde die bei § 1101 Entw. I hervorgehobene Ausnahme gestrichen, dagegen § 1064 Entw. I dahin ergänzt, daß, wenn (nach § 1118 BGB.) ungedeckte Nebenleistungen zu entrichten sind, ihr Geldbetrag in das Grundbuch eingetragen werden müsse. Nach der herrschenden Ansicht wurde damit die Erweiterung der Haupthypothek auf Nebenforderungen ohne Begründung einer selbständigen Hypothek zugelassen, eine Ansicht, die nur zu billigen ist und einem lebhaften Bedürfnisse des Verkehrs entgegenkommt. (Vgl. Prot. II, Bd. 3, S. 544 ff., 614); dieser Standpunkt wird auch in einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Dresden (Rspr. d. OLG. Bd. 4 S. 160) vertreten. Andere Entscheidungen sind, soviel bekannt, bis jetzt über die Frage nicht ergangen. Im übrigen ist es für die Ueberleitung unnötig, daß die unselbständige Hypothekerweiterung des bayerischen Hypotheken-Rechtes im BGB. ein ihr gleiches Rechtsgebilde findet; auch wenn sich das Reichsgericht künftig auf den Standpunkt Plancks stellen und die Zulässigkeit unselbständiger Hypotheken für Nebenforderungen für das BGB. verneinen sollte, so stünde dies doch der unselbständigen Natur der bayerischen Zinsen- und Kostenkautionen und ihrer Ueberleitung in das neue Recht nicht im Wege. Das bayerische HypG. enthält darüber, in welcher Weise die Hypothekhaftung auf die nach §§ 42, 43 HypG. nicht gedeckten Zinsen und Kosten ausgedehnt werden könne, keinerlei Bestimmung; Gönner hat in seinem Kommentare diese Möglichkeit nirgends berührt. Der vom Obersten Landesgericht angeführte Umstand, daß § 12 Ziff. 11 HypG. die Begründung einer besonderen Hypothek für rückständige Zinsen und Kosten (auf Grund gesetzlichen Hypothektitels) zuläßt und daß § 43 S. 2 HypG. dieser Möglichkeit des Erwerbes einer „eigenen" Hypothek gedenkt, beweist kaum etwas. Die Zinsen- und Kostenkautionen sind ein Gebilde der Praxis; etwa 25 Jahre nach dem Inkrafttreten des HypG. sind sie zum erstenmal aufgetaucht. Die Absicht derjenigen, welche die Nebenkautionen eintragen ließen, war nur auf die unselbständige Erweiterung der Hypotheken, nicht auf die Begründung selbständiger Kautionshypotheken gerichtet; das läßt sich, wie oben näher ausgeführt wurde, aus der Natur der Sache, aus der Art der Interessen der Beteiligten, insbesondere aus dem Ziele, das sie verfolgten, und aus der Stellungnahme der Gerichtspraxis hierzu mit Sicherheit ableiten. Wäre nun wirklich entsprechend der Anschauung des Obersten Landesgerichts nach dem bayerischen HypG. die Verwirklichung dieser Absicht der Beteiligten, wäre die unselbständige Erweiterung der Haupthypotheken unzulässig gewesen, so müßte man die Zinsen- und Kostenkautionen für nichtig erachten und könnte sie nicht als selbständige Kautionshypotheken aufrecht erhalten; zur Begründung von selbständigen Hypotheken, die nach dem Gesetze zwar zulässig, aber nicht gewollt waren, hätte der Vertrag, zur unselbständigen Hypothekerweiterung das solche Hypothekanhängsel zulassende Gesetz gefehlt. Zu dieser Ansicht von der Nichtigkeit der Nebenkautionen wird sich niemand bekennen wollen; die daraus sich für die Beteiligten ergebenden wirtschaftlichen Nachteile wären aber nur geringfügig im Verhältnisse zu jenen Nachteilen, die als die Folgen der Anschauung von der Selbständigkeit der Nebenkautionen oben geschildert wurden. Will man die Zinsen- und Kostenkautionen als wirksame Rechtsgebilde aufrecht erhalten, dann beuge man nicht den Willen der Beteiligten dem Gesetze und entziehe dem, was die Beteiligten fünfzig Jahre lang in derselben Weise vereinbarten, was die Gerichte ebensolang als zulässig und rechtswirksam erachteten, nicht den gesetzlichen Boden.

Das Oberste Landesgericht hat in dem Beschlusse vom 31. März 1905 (S. 243 dieser Zeitschrift) ausgesprochen, daß die vertragsmäßigen Veräußerungs- und Belastungsverbote zur Sicherung von Forderungen auf Grund eines Gewohnheitsrechtes durch ihre Eintragung in das Hypothekenbuch dingliche Wirkung erlangten. Ebensogut würde sich mit Rücksicht auf die Herrschaft, welche die Rechtsüberzeugung von der Zulässigkeit der unselbständigen Hypothekerweiterung in Form der Nebenkaution im Rechtsverkehr und in der Uebung der Gerichte erlangt und länger als fünfzig Jahre behauptet hat, die Annahme eines Gewohnheitsrechtes rechtfertigen lassen; damit müßten auch diejenigen, welche aus dem bayerischen HypG. Bedenken gegen die Unselbständigkeit der Zinsen- und Kostenkautionen ableiten wollen, ihre Zweifel aufgeben.

In Sachsen haben sich wegen der dort üblichen Kostenkautionen (die aber an wirtschaftlicher Bedeutung hinter unseren Zinsen- und Kostenkautionen

weit zurückstanden) ähnliche Schwierigkeiten bei der Ueberleitung ergeben wie jetzt in Bayern. Das Oberlandesgericht Dresden hat, als es aus den Prozessen ersehen hatte, zu welchen Folgen die von ihm anfangs vertretene Selbständigkeit der Kostenkautionen führe, seine Anschauung aufgegeben und die Unselbständigkeit der Kostenkautionen anerkannt. Der höchste sächsische Gerichtshof hat damit in dankenswerter Weise die unbilligen Folgen einer zweifelhaften und vom Gesetzgeber nicht zu lösenden Rechtsfrage von den Betroffenen abgewendet.

---

## Uebt der Volksschullehrer bei Handhabung der Schulzucht eine öffentliche Gewalt aus?

Von Rechtsanwalt **J. Fischer** in Landshut.

Man darf es als herrschende Meinung bezeichnen, daß der Volksschullehrer eine öffentliche Gewalt bei Handhabung der Schulzucht nicht ausübt und daß deshalb weder die Haftung der Gemeinde für Ueberschreitung des ihm zustehenden Züchtigungsrechts gemäß Art. 60 AG. zum BGB. eintritt, noch eine Vorentscheidung des Verwaltungsgerichtshofs gemäß Art. 7 Abs. 2 VGHG. möglich ist. (Vgl. die Ausgaben des AG. zum BGB. von Böhm-Klein, Note 1b zu Art. 60, Henle-Schneider, Anm. 2 zu Art. 60, Meikel, Anm. 3 zu Art. 60, Reger-Dyroff VGHG. zu Art. 7 l. c. 3. Aufl. S. 162.) Stütze für diese Ansicht ist eine Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs (E. XII S. 330), die schon bei den Beratungen des Ausführungsgesetzes von der Vertretung der Kgl. Staatsregierung gegenüber der mehrfach vertretenen gegenteiligen Ansicht (vgl. Becher, Materialien, Abt. IV und V S. 635, 637, 638, 639) ins Feld geführt wurde (l. c. S. 636).

Ganz ohne Bedenken scheint mir jedoch die herrschende Meinung nicht zu sein. Die Frage geht sehr tief und ihre Lösung dürfte schwierig sein. Ich möchte in Folgendem nicht versuchen, sie zu lösen, sondern nur eine Ueberprüfung anregen.

Die erwähnten Kommentare zu unserem Ausführungsgesetz sagen, dem Volksschullehrer stehe keine **öffentliche** Gewalt zu; der Verwaltungsgerichtshof, der Vertreter der Staatsregierung bei den Gesetzesberatungen, Reger-Dyroff l. c., Englmann-Stingl, Handbuch des Bayerischen Volksschulrechts 4. Aufl. S. 546, sprechen dem Lehrer eine **Regierungsgewalt**, eine **obrigkeitliche** Gewalt ab. Das legt vor allem einen Gegensatz nahe. Welche Gewalt übt denn der Lehrer, wenn nicht eine öffentliche? Uebt er überhaupt eine rechtliche Gewalt? Darüber ist ja nun wohl kein Zweifel möglich: der Lehrer übt die Zucht auf **Grund des Gesetzes**, er übt nicht bloß eine tatsächliche Gewalt. Der Gegensatz müßte also nach unseren gewöhnlichen Rechtsbegriffen im **Privatrecht** liegen, und aus dem Privatrecht hat man auch in der Tat das Züchtigungsrecht des Lehrers abgeleitet. Am deutlichsten hat dies wohl Reichsrat Dr. v. Schmitt in seinem Bericht an den Ausschuß der Kammer der Reichsräte getan. Er sagt (vgl. Becher, Mat. IV und V S. 720, 721): „Die erziehende Funktion des Lehrers einschließlich des derselben innewohnenden Züchtigungsrechts ist ein aus der elterlichen Gewalt abgeleitetes Recht. Weder Staat noch Gemeinde haben ein solches Recht **aus sich**. Ueberschreitet der Lehrer die ihm anvertraute Erziehungsgewalt, so steht er auf keinem anderen Boden, als der Inhaber der elterlichen Gewalt selbst, wenn er das Gleiche tut. So wenig die Gemeinde in diesem Fall dem Kinde haftet, ebensowenig kann sie für dergleichen Handlungen des Lehrers haften; der Lehrer haftet für den Mißbrauch seiner Funktion allein dem Inhaber der elterlichen Gewalt."

Also das Züchtigungsrecht ist ein aus der elterlichen Gewalt abgeleitetes Recht. Ein **abgeleitetes** Recht? Ein abgeleitetes Recht steht dem Inhaber des Rechts zu, aus welchem ein anderes fließt. Ich meine, ein aus der elterlichen Gewalt abgeleitetes Recht wird wohl wieder eben dem Inhaber der elterlichen Gewalt zustehen müssen. Der Lehrer ist nicht Inhaber dieser Gewalt. Der Bericht wird wohl sagen wollen, es sei dem Lehrer ein Theil der Ausübung der elterlichen Gewalt **übertragen**. Das wäre ja auf mehrfache Weise denkbar. Man könnte annehmen, der **Inhaber** der elterlichen Gewalt übertrage jeweils, wenn er sein Kind zur Schule anmeldet, das Züchtigungsrecht auf den Lehrer. Nun gibt es aber zweifellos Eltern, denen das gar nicht einfällt. Und doch besteht das Züchtigungsrecht des Lehrers. Man könnte sagen, das Gesetz fingiere die Uebertragung. Aber Fiktionen bedürfen eines klaren Ausdrucks im Gesetz. Man könnte sagen, das **Gesetz** übertrage das Züchtigungsrecht. Das Gesetz statuiert dieses Recht; aber es statuiert das Recht aus sich selbst, ohne zu erwähnen, daß es aus der elterlichen Gewalt schöpfe.

Uebrigens besteht ja nicht bei jedem Kinde eine elterliche Gewalt. Hier müßte die vormundschaftliche Gewalt aushelfen. Dyroff l. c. verweist auf die Parallele dieser vormundschaftlichen Gewalt, um darzutun, daß das Züchtigungsrecht der Lehrer nicht im Gebiet einer obrigkeitlichen Gewalt liege. Aber wenn das Zuchtrecht des Vormunds ein privatrechtliches ist, so muß vom Recht des Lehrers nicht das gleiche gelten. Lehrer und Vormund stehen auf sehr verschiedenem Rechtsboden.

Jedenfalls versagt die Ableitung oder Uebertragung des Züchtigungsrechts aus den familienrechtlichen Gewaltverhältnissen da, wo eine solche Gewalt überhaupt nicht vorhanden ist. Man denke nur an den einfachsten Fall, daß die Eltern als Inhaber der elterlichen Gewalt gestorben sind und die Aufstellung eines Vormunds sich verzögert,

Soll hier das Züchtigungsrecht des Lehrers ruhen? Das dürfte wohl niemand behaupten. Die Quelle dieses Rechts liegt eben nicht im Familienrecht.

Voraussetzungen, Art und Umfang der Ausübung des Züchtigungsrechts sind genau geregelt durch Ministeralentschließungen und Schulordnungen (das Nähere siehe z. B. bei Englmann-Stingl l. c. S. 539 ff.). Zweifellos beanspruchen und genießen diese Erlasse gesetzliche Geltung, sie sind Rechtsnormen, deren Verletzung für den Lehrer in disziplinarer, krimineller und zivilrechtlicher Beziehung Wirkung äußert. Ist nun das durch sie geregelte Züchtigungsrecht privatrechtlicher Natur, so sind sie selbst „privatrechtliche Vorschriften der Landesgesetze“ im Sinne des Art. 55 EG. zum BGB. mit Art. 2 l. c. und ersterem Artikel zufolge mit der Herrschaft des BGB. mangels eines Vorbehalts außer Kraft getreten. Allein sie werden als fortgeltend behandelt, und darin liegt das Anerkenntnis, daß das Züchtigungsrecht des Lehrers im öffentlichen Recht wurzelt. ME. ist die Konsequenz unabweisbar: Züchtigt der Lehrer auf Grund eines ihm zustehenden Privatrechts, so können unsere Schulordnungen gegenüber der reichsrechtlichen Kodifikation keine Geltung mehr beanspruchen.

Wenn oben eine Gleichstellung der Zuchtgewalt des Vormunds mit der des Lehrers abgelehnt wurde, so wird dieser Standpunkt kurz zu begründen sein. Dyroff sagt a. a. O., auch der Vormund sei obrigkeitlich bestellt, und seine Erziehungsgewalt sei staatlich geregelt (wie beim Lehrer) und doch keine obrigkeitliche Gewalt. Ich bezweifle die Beweiskraft dieser Parallele. Denn aus obrigkeitlicher Bestellung und staatlicher Regelung können ebensowohl öffentliche wie private Rechte fließen. Besser ist es vielleicht, die Natur der durch obrigkeitliche Bestellung und staatliche Regelung begründeten Rechtsverhältnisse miteinander zu vergleichen, und diese Vergleichung ergibt wesentliche Verschiedenheiten. Der Vormund tritt in das engste persönliche Verhältnis zu seinem Mündel, er vertritt ihn, er sorgt für seine Person wie für sein Vermögen, er bietet ihm möglichst vollkommenen Ersatz für die fehlende elterliche Fürsorge. Und zwar besteht dies innige Verhältnis zwischen ihm und einem ganz bestimmten Kinde. Der Lehrer tritt zu einer unbestimmten Anzahl von Kindern in Beziehung unmittelbar auf Grund öffentlicher Einrichtungen, seiner öffentlichen Dienstpflicht und des Schulzwangs. Zum einzelnen Kind tritt er in kein engeres Verhältnis; er lehrt es aus Amtspflicht, nicht weil das Kind gegen ihn einen Rechtsanspruch auf Unterricht hat.

Daß die Volksschule eine Einrichtung des öffentlichen Rechts ist, steht ja außer Zweifel. Schimmerte dieser Gedanke schon durch in der Landes- und Polizeiordnung von 1616 Buch III Titel 10 (wo die Schulen als ein Mittel zur „Aufrichtung und Erhaltung einer ehrbaren, beständigen und guten Polizei“ bezeichnet sind) so kam er noch deutlicher zum Ausdruck z. B. in der kurf. Entschl. vom 26. November 1804 („weltliche Regierungsanstalt“) und in § 14 der 2. Anl. zur II. Beilage zur Verfassungsurkunde („Staats-Polizeigegenstand“). Die Entwickelung ist in diesen Bahnen geblieben. Der ganze Betrieb des Schulwesens liegt im Bereich der inneren Staatsverwaltung und ist (soweit es sich um spezifisch schulrechtliche Dinge handelt) dem privaten Rechtsverkehr verschlossen. (Vgl. auch die verwaltungsgerichtlichen Kompetenzen nach Art. 8 Ziff. 38, 39, Art. 10 Ziff. 17—25 VGHG.) So ist die Volksschule ein öffentliches Institut, und die Volksschullehrer sind öffentliche Beamte. Sie lehren im öffentlichen Interesse zur Erreichung eines öffentlichen Zwecks, es ist ihnen die Gewalt verliehen, die Erreichung dieses öffentlichen Zwecks zu fördern durch Anwendung gewisser Zwangsmittel. Und gerade diese Gewalt soll keine öffentliche Gewalt, soll ausgeschieden sein aus dem ganzen Komplex öffentlich rechtlicher Verhältnisse? Gerade diese Gewalt, die ein Beamter in Ausübung seines Amts zur Erfüllung seiner Amtspflicht und zur Erreichung eines staatlichen öffentlichen Zwecks übt?

---

## Mitteilungen aus der Praxis.

**Hypothek für Ordrepapiere. (§ 1187 BGB.)** Nach § 1187 BGB. kann für die Forderung aus einem durch Indossament übertragbaren Papiere eine Sicherungshypothek bestellt werden. Es wird bei der Bestellung derartiger Hypotheken zunächst das Augenmerk darauf zu richten sein, ob wirklich eines derjenigen Papiere vorliegt, die kraft gesetzlicher Bestimmungen Ordrepapiere sein können. Die gewöhnlichste Form wird der kaufmännische Verpflichtungsschein nach § 363 Abs. 1 Satz 2 HGB. sein. Für derartige Verpflichtungsscheine ist keineswegs, wie in § 793 Abs. 2 Satz 2 BGB. bei Inhaberschuldverschreibungen, mechanische Vervielfältigung der Unterschrift zugelassen. Es ist also erforderlich, die Verpflichtungsscheine eigenhändig zu unterschreiben, wenn sie die Grundlage einer Hypothekbestellung nach § 1187 BGB. bilden sollen. Solchen Urkunden können auch Zinsscheine beigegeben werden. Es ist aber zu beachten, daß diese Zinsscheine, wenn sie nicht dem § 795 BGB. — staatliche Genehmigung — unterliegen sollen, eine Form haben müssen, aus der klar hervorgeht, daß sie bloße Legitimationspapiere, nicht Inhaberpapiere sein sollen. (Vgl. den auch für das heutige Recht noch in vielen Beziehungen verwertbaren Kommentar von Henle zum bayerischen Gesetz über die Inhaberpapiere vom 18. März 1896 S. 130 am Schlusse und und S. 131 oben). Bemerkt mag werden, daß auch unter der Herrschaft des bayerischen Hypothekengesetzes und des eben erwähnten Gesetzes vom 18. März 1896 Hypotheken für Ordrepapiere eingetragen werden können.

Amtsrichter Giel in München.



**Zu § 1643 BGB.** Uebt die Mutter gem. § 1685 I BGB. die elterliche Gewalt an Stelle des Vaters aus, so bedarf sie keiner Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zur Ausschlagung einer Erbschaft für ihre Kinder, wenn diesen die Erbschaft erst infolge ihrer — der Mutter — eigenen Ausschlagung anfiel. Denn auch nach § 1685 I übt die Mutter die elterliche Gewalt kraft eigenen Rechts, nicht aus dem Rechte des verhinderten Vaters, aus; wenn ihr dabei die elterliche Gewalt nicht — wie nach § 1684 BGB. — schlechthin „zusteht", so liegen doch, wie die gemeinsame Ueberschrift vor § 1684 beweist, auch nach § 1685 I Fälle der „elterlichen Gewalt der Mutter" vor, für welche § 1686 BGB. ebenso gilt, wie für § 1684. Aus § 1686 in Verbindung mit § 1643 II Satz 2 folgt aber die oben getroffene Entscheidung, die auch dem Grunde der Vorschrift des § 1643 II S. 2 gerecht wird. Es ist dabei völlig belanglos, daß der Vater selbst in dem gedachten Falle der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedürfte.

Amtsrichter Dr. Keßler in München.

---

**In welcher Weise ist bei der Aussetzung der Verkündung der Entscheidung der Verkündungstermin zur Kenntnis des Angeklagten zu bringen; bedarf es insbesondere einer Ladung?** Stenglein, Kommentar zur Strafprozeßordnung, § 267 Anm. 4 äußert sich über diese Frage dahin, daß „der Publikationstermin am Schlusse der Verhandlung verkündet werden könne, einer besonderen Ladung bedürfe es in diesem Falle nicht". Näher begründet ist die Auffassung nicht. Löwe, Kommentar zur Strafprozeßordnung, bemerkt über die Frage zu § 207 Anm. 2 c. „Die Urteilsverkündung müsse im Falle der Aussetzung nur durch Verkündung bekannt gemacht werden. Dagegen sei die besondere Ladung des Angeklagten erforderlich, wenn er nicht anwesend sei". Zur Begründung der Ansicht bezieht sich der Kommentar auf eine Entscheidung des Reichsgerichts (Goltd. Arch. Bd. 45 S. 39). Diese Entscheidung trägt bei Goltdammer den Vordruck: Der Termin zur Urteilsverkündung muß, wenn er nicht alsbald am Schlusse der Verhandlung mündlich festgesetzt wird, dem Angeklagten durch eine ihm zuzustellende Ladung bekannt gemacht werden. Aus der Entscheidung selbst geht der Satz in seiner Allgemeinheit nicht hervor. Der Entscheidung lag ein Fall zugrunde, in dem das Gericht nachträglich durch besonderen Beschluß den verkündeten zur Verkündung der Entscheidung bestimmten Termin aufgehoben und einen früheren Termin angesetzt hatte. Das Reichsgericht hob das so verkündete Urteil auf; es bemerkte, die Angeklagten hätten entweder geladen werden sollen, oder es hätte ihnen der Gerichtsbeschluß zugestellt werden sollen. Sonstige Aeußerungen über die Frage wurden mir nicht bekannt.

Es dürfte keine der angegebenen Auffassungen allgemein richtig sein. Die Ladung des Angeklagten zum Verkündungstermine ist in keinem Falle erforderlich, auch wenn er bei der Verhandlung selbst nicht anwesend war. Andererseits ist aber stets die Kundgebung der den Verkündungstermin bestimmenden Anordnung notwendig, sei es nun durch Verkündung oder Zustellung; durch die Ladung wird sie nicht ersetzt. Die Strafprozeßordnung unterscheidet in § 228 zwischen der Unterbrechung und der Aussetzung der Hauptverhandlung. Erstere liegt vor, wenn die Hauptverhandlung spätestens am vierten Tage nach der Unterbrechung fortgesetzt wird, letztere, wenn die Fortsetzung später erfolgt. Es ist anerkannt, daß zu einer Verhandlung, die nach einer Unterbrechung fortgesetzt wird, eine Ladung nicht erforderlich ist; denn es ist dieselbe Verhandlung; dagegen muß nach einer Aussetzung der Hauptverhandlung neu geladen werden; denn es findet eine vollständig neue Hauptverhandlung statt. Nun ist wohl allgemein anerkannt und z. B. in der Entscheidung des Reichsgerichts Rechtspr. II, S. 631 auf Grund der Entstehungsgeschichte des Gesetzes begründet (siehe neuerlich auch die Entscheidung E. XXVII S. 116), daß die in § 267 StPO. zur Verkündung des Urteils zugelassene einwöchige Frist nur eine Erweiterung der viertägigen Frist des § 278 StPO. für den Fall der Aussetzung der Urteilsverkündung, nur eine besondere Art der Unterbrechung ist. Aus dieser rechtlichen Natur der Aussetzung der Urteilsverkündung ergibt sich die Entscheidung unserer Frage, und zwar dahin, daß der Angeklagte zu dem Verkündungstermine nicht zu laden ist, ob er nun in der eigentlichen Verhandlung anwesend war oder nicht. Eine Ladung ist ebensowenig erforderlich, als sie notwendig ist, wenn die Verhandlung selbst unterbrochen wird. Wie der Umstand, ob der Angeklagte anwesend war oder nicht, erheblich sein sollte, ist nicht ersichtlich. Der nicht anwesende Angeklagte wird auch nicht geladen bei einer Unterbrechung der eigentlichen Verhandlung. Verschieden von der Frage der Notwendigkeit der Ladung ist das Erfordernis, daß die Anordnung, daß die Verkündung der Entscheidung ausgesetzt wird, zur Kenntnis der Beteiligten und demnach auch des Angeklagten zu bringen ist. Diese Notwendigkeit ergibt sich daraus, daß diese Anordnung auch ein Bestandteil der Verhandlung und nicht bloß eine innere Angelegenheit des Gerichts ist. In welcher Form die Bekanntmachung zu geschehen hat, dafür besteht keine besondere Bestimmung. Es gelten die allgemeinen Grundsätze, die für die Bekanntgabe der Anordnungen des Gerichts gelten, mag man nun annehmen, daß die Anordnung der Aussetzung der Verkündung der Entscheidung von dem Vorsitzenden allein oder vom Gericht auszugehen hat. Danach ist die Anordnung, da es sich um eine Entscheidung handelt, die „wichtigere rechtliche Konsequenzen" nach sich ziehen soll (s. Birkmeyer, Strafprozeß § 77 I[1]), entweder zu verkünden oder zuzustellen. Erstere Form wird die regelmäßige sein, letztere wird z. B. zur Anwendung zu bringen sein, wenn ein unmöglicher Verkündungstermin bestimmt war, z. B. Sonntag, 1. Mai 1905 oder, wenn die Verkündung nach Schluß der Verhandlung nachträglich auf einen früheren oder späteren Zeitpunkt verlegt wird. An wen die Zustellung zu erfolgen hat, z. B. ob auch an einen Verteidiger, eine Steuerbehörde, hängt von der prozessualen Einzelgestaltung ab. War der Angeklagte bei der Hauptverhandlung in zulässiger Weise abwesend, so ist ihm auch die Anordnung nicht zuzustellen, sowenig wie sie ihm verkündet wird. Diese prozeßordnungsmäßige Bekanntmachung der Anordnung auf Aussetzung der Verkündung der Entscheidung kann nicht durch Ladungen ersetzt werden. Die bloße Ladung gibt die Anordnung nicht wieder; der Angeklagte weiß, wenn nicht gleichzeitig die Anordnung bekannt gegeben wird, nicht, wozu er geladen wird; zu Teilen der Hauptverhandlung wird nicht geladen.

Es mag sein, daß unter Umständen ein Urteil, zu dessen Verkündung bloß geladen wurde, bei dem aber die Kundgebung der die Aussetzung der Verkündung anordnenden Entscheidung nicht erfolgte, nicht revisionsfähig ist. Das Verfahren wird aber dadurch nicht zulässig. Verschieden von der behandelten Frage ist das Erfordernis, daß der Angeklagte, der verhaftet ist, auch zum Verkündungstermin vorgeführt werden muß. Diese Notwendigkeit beruht auf besonderen Bestimmungen. Sie ergibt sich aus § 329 StPO. (s. E. d. RG. Bd. XXXI S. 398). Aber auch in einem solchen Falle wird durch die Vorführung die Bekanntmachung der Aussetzungsanordnung nicht ersetzt.

II. Staatsanwalt *Schiedermair* in Nürnberg.

---

**Nochmals die Frage der Erlassung eines Landesgesetzes über die Unterkautionen.** Die von dem Herausgeber dieser Zeitschrift meinem Aufsatze über vorstehende Frage auf Seite 466 beigefügte Anmerkung veranlaßt eine kurze Erwiderung.

Die praktische Tragweite des oberstlandesgerichtlichen Beschlusses vom 23. Juni 1905 zeigt sich von Tag zu Tag mehr. Seitdem das Reichsgericht in materiellrechtlicher Beziehung dem Obersten Landesgerichte beigestimmt, die Eintragungsfähigkeit von Pfändungen zukünftiger Eigentümerhypotheken aber verneint hat, ist der Rechtszustand noch unerquicklicher geworden als zuvor. Bisher hatten wir wenigstens die unbedingte Publizität, jetzt wird zwar gepfändet und zediert, aber niemand weiß, welche besseren Rechte ihm vorausgehen. — Daß es — besonders in der Subhastation — mancherlei Mittel zum Schutz gegen die Unterkautionen gibt, ist nicht zu bestreiten; §§ 59 und 91 ZwVG. bieten eine solche Handhabe, und die Aufrechnungsbefugnis des Ansteigerers, wenn er zugleich Gläubiger ist, führt häufig zum Ziele. Allein es gibt auch zahlreiche Fälle, in denen nach dem geltenden Rechte kein Mittel hilft: man denke nur an den regulären Fall der Heimzahlung einer mit Unterkaution versehenen Hypothek aus eigenen Mitteln des Schuldners oder gelegentlich einer Bankgeldaufnahme! Soll nun wirklich dieser höchst eigenartige Rechtszustand weiter fortbestehen und sollen wir sogar ruhig zusehen, wie die Landesteile, in denen die Grundbuchanlegung noch nicht erfolgte, denselben wenig erfreulichen Zuständen entgegengehen?

Die Meinung, als ob nach Grundbuchanlegung ein Landesgesetz nach Art. 194 EG. überhaupt nicht mehr erlassen werden könnte, habe ich bereits auf Seite 465 zu widerlegen versucht. Man darf nicht übersehen, daß Art. 3 EG. z. BGB. für diejenigen Fälle, in welchen den Landesgesetzen ein Eingreifen gestattet ist, auch den Erlaß *neuer landesgesetzlicher Vorschriften unbeschränkt* zuläßt; eine Beschränkung kann sich hier nur aus dem *Inhalte* der betreffenden Vorbehaltsbestimmungen des BGB. oder des EG. ergeben. Ich gebe zu, daß nach dem Sinne des Art. 192 bereits entstandene Pfandrechte jedenfalls zu schützen sind. Nun handelt es sich aber bei einem Landesgesetz nach Art. 194 gar nicht um eine nachträgliche Beeinträchtigung der bei Grundbuchanlegung nach Art. 192 entstandenen neurechtlichen Sicherungshypothek; der Inhaber des Pfandrechtes, der Gläubiger, wird durch das Landesgesetz nicht berührt. Nur *die Anwartschaft*[1] des Eigentümers auf zukünftige Entstehung einer vollgültigen Eigentümerhypothek wird getroffen. Zu den vielen Bedingungen, unter denen an sich diese Anwartschaft schon steht, tritt nun als weitere Bedingung ex lege nach Art. 194 die der Nichterlassung eines Landesgesetzes hinzu. Sollte nicht einer bloßen Anwartschaft, der bloßen Möglichkeit eines Rechtes gegenüber diese Auslegung die einzig befriedigende und angesichts der allgemeinen Fassung von Art. 3 EG. die allein richtige sein? Der Begriff der „Uebergangsvorschriften" endlich bedingt an sich keineswegs deren Erlaß *vor* Inkrafttreten des neuen Rechtes. Ein Landesgesetz nach Art. 196 z. B., eine landesherrliche Verordnung nach Art. 188 ff. können, wie *allgemein anerkannt wird*, auch nach Anlegung des Grundbuches noch erlassen werden.

Rechtsanwalt Dr. *Friedländer* in München.

*Anm. des Herausgebers.* **Wir können diese Ausführungen ebensowenig unwidersprochen lassen, wie die Darlegungen auf Seite 464 ff. Die Berufung auf den Art. 3 EG. z. BGB. geht fehl. Der Art. 3 hat nur terminologische Bedeutung. Er bestimmt nur, daß die verschiedenen Ausdrucksweisen, deren sich das BGB. und das EG. z. BGB. bedienen, um zu bestimmen, daß landesgesetzliche Vorschriften in Kraft bleiben und neue erlassen werden können, die gleiche Bedeutung haben. Auf die im vierten Abschnitte enthaltenen Uebergangsbestimmungen, in denen Ausdrücke der im Art. 3 bezeichneten Art nicht gebraucht werden, findet Art. 3 überhaupt keine Anwendung (vgl. Planck, BGB. Bd. 6 Anm. 1 zu Art. 3). Auch der Hinweis auf die Art. 188, 196 EG. z. BGB. ist nicht durchschlagend. Es kann keine Rede davon sein, daß „allgemein anerkannt wurde", auch nach der Anlegung des Grundbuchs könne noch ein Landesgesetz nach Art. 196 oder eine landesherrliche Verordnung nach Art. 188 erlassen werden. Hierauf kommt es indessen gar nicht an. Auch wenn die Ansicht des Verfassers bezüglich der Art. 188, 196 richtig wäre, könnte hieraus nicht der Schluß gezogen werden, daß auch von dem Vorbehalt des Art. 194 nach der Einführung des Grundbuchrechts noch Gebrauch gemacht werden könne. Der wesentliche Unterschied liegt darin, daß in den Fällen der Art. 196, 188 eine reichsgesetzliche Ueberleitung der zur Zeit des Inkrafttretens des Grundbuchrechts bestehenden Rechte nicht stattgefunden hat, während die nach dem bayerischen Hypothekenrecht entstandenen Hypotheken auf Grund des Art. 192 EG. z. BGB., also auf Grund einer reichsrechtlichen Vorschrift, in Hypotheken des BGB. umgewandelt worden sind. Gerade der Umstand, daß hier eine Ueberleitung durch Reichsrecht in Mitte liegt, schließt die nachträgliche Aufhebung der Wirkungen dieser Ueberleitung im Wege der Landesgesetzgebung aus. Unklar ist übrigens der in den Ausführungen des Verfassers enthaltene Satz „man denke nur an den regulären Fall der Heimzahlung einer mit Unterkaution versehenen Hypothek aus eigenen Mitteln des Schuldners oder gelegentlich einer Bankgeldaufnahme". Ist hier nicht übersehen, daß auch schon nach bisherigem Rechte (§ 84 des Hypothekengesetzes) dem Eigentümer das Recht der Rangeinräumung zustand?**

---

[1]) So das Reichsgericht in seinem Beschlusse über die Unterkautionen.

# Aus der Praxis der Gerichte.

## Reichsgericht.

### A. Zivilsachen.

### I.

**Kann der Gläubiger, wenn auf Grund eines von ihm erwirkten Urteils für eine den Betrag von 300 Mk. übersteigende Hauptforderung eine Sicherungshypothek auf einem Grundstück des Schuldners eingetragen worden ist, für die nachträglich durch Beschluß festgesetzten den Betrag von 300 Mk. nicht übersteigenden Kosten, welche der Schuldner nach dem Urteil zu tragen hat, die Eintragung einer Sicherungshypothek beantragen?** Verneint vom Reichsgericht durch Beschluß des V. Zivilsenats vom 1. November 1905 aus folgenden Gründen:[1] Es ist zuzugeben, daß der Wortlaut des § 866 Abs. 3 Satz 2 ZPO. insofern Zweifel erregen kann, als darin die Eintragungsfähigkeit durch einen bestimmten Betrag der „Forderung" begrenzt wird. Unter der Forderung wird man zunächst die im Eintragungsantrage bezeichnete zu verstehen haben; aber wenn diese nur Nebenforderung einer Hauptforderung ist, kann der Zweifel entstehen, welche Forderung das Gesetz meine, die durch den Eintragungsantrag umgrenzte, oder die, zu welcher diese sich als Nebenforderung verhält? Der vorliegende Eintragungsantrag betrifft eine Nebenforderung. Für die Beantwortung der Frage, ob sich die Eintragungsfähigkeit der für die Nebenforderung begehrten Sicherungshypothek nach dem Betrage dieser Nebenforderung oder nach dem der Hauptforderung richte, ist schon ausschlaggebend, daß die Eintragung der Sicherungshypothek aus § 866 ZPO. eine Maßregel der Zwangsvollstreckung ist und darum den gleichen Voraussetzungen unterliegt wie diese. Die Zwangsvollstreckung erfordert einen vollstreckbaren Titel, ihre Zulässigkeit und ihr Umfang sind nur von dem Vorhandensein und dem Inhalt des Titels abhängig. Für die Vollstreckungsmaßregel der Sicherungshypothek ist dies besonders in der Begründung zu dem Entwurfe der Novelle vom 17./20. Mai 1898 hervorgehoben; dort ist betont, daß die nach § 873 BGB. erforderliche Einigung sowie die Eintragungsbewilligung des Eigentümers (§ 19 GBO.) hier durch den vollstreckbaren Titel ersetzt werde. (Hahn-Mugdan, Mater. Bd. 8 S. 166.) Dies findet noch Bestätigung in § 868 Abs. 1 ZPO., indem danach die Wirksamkeit der Zwangssicherungshypothek für den Gläubiger aufhört und die Hypothek auf den Eigentümer übergeht nur infolge Beseitigung des vollstreckbaren Titels, ohne Rücksicht auf materiellrechtliche Erlöschungsgründe. Hiernach ist es ausgeschlossen, daß ein Vollstreckungstitel für sich allein über den Betrag der darin für vollstreckbar erklärten Forderung hinaus zu einer Zwangsvollstreckung und zur Eintragung einer Zwangssicherungshypothek führen könnte. Daß die vollstreckbare Forderung eine Nebenforderung ist, kann keinen Unterschied begründen. Es ist zwar möglich, die Zwangsvollstreckung wegen der Haupt- und der Nebenforderung einheitlich zu betreiben, beide durch eine Pfändung und durch Eintragung einer Sicherungshypothek zu vollstrecken, das setzt aber vollstreckbare Titel für beide und deren gleichzeitige Vorlegung voraus. Dann würde allerdings — vorausgesetzt, daß die Hauptforderung ohne Einrechnung der Nebenforderung (§ 4 ZPO.) den Betrag von 300 Mk. übersteigt — die einzutragende Sicherungshypothek den niedrigeren Betrag einer Nebenforderung umfassen können. Um diesen Fall handelt es sich aber nicht; hier ist die 300 Mk. übersteigende Hauptforderung bereits vollstreckt auf Grund des vollstreckbaren Urteils, das zwar den Beklagten schon in die Prozeßkosten verurteilt hatte, aber ohne Angabe des Betrages, und daher in diesem Punkt nicht vollstreckbar war, sondern nach § 104 ZPO. noch einer Ergänzung durch einen Kostenfestsetzungsbeschluß bedurfte. Dieser ist gleichwohl als selbständiger Vollstreckungstitel entstanden, besteht auch unberührt durch die Schicksale des Vollstreckungstitels für die Hauptforderung selbstständig fort und soll nun für sich allein vollstreckt werden. Diese Vollstreckung umfaßt aber nur einen 300 Mk. nicht übersteigenden Betrag. Es fällt noch ins Gewicht, daß für die Nebenforderung eine selbständige Hypothek eingetragen werden müßte, wenn die Hauptforderung schon vorher eingetragen ist, daß aber für deren Umfang wiederum nur die ihr zugrunde liegende Forderung maßgebend sein könnte, hier also der einzutragende Kostenbetrag. Von einer Erweiterung der schon eingetragenen Sicherungshypothek für die Hauptforderung, nämlich deren Erstreckung auf die Kostensumme könnte keine Rede sein; eine solche kennt das Hypothekenrecht nur im Falle des § 1119 BGB. bei einer nachträglichen Erhöhung des Zinssatzes auf 5%. In diesem Falle wird die Hypothek erweitert, indem nicht für die Zinserhöhung eine besondere Hypothek bestellt, sondern die eingetragene Hypothek mit ihrem Rang auf sie ausgedehnt wird. Die Kostenforderung erhält dagegen, wenn sie auf Grund eines besonderen Titels und für sich eingetragen wird, eine besondere Hypothek mit dem sich bei ihrer Eintragung darbietenden Range, die auch für die Zukunft von dem Schicksal der voreingetragenen Hypothek für die Hauptforderung unabhängig bleibt. Diese Erwägungen zwingen zu dem Schluß, daß die nachträgliche Eintragung einer besonderen Zwangssicherungshypothek für eine in einem besonderen Titel für vollstreckbar erklärte Kostenforderung im Betrage von 300 Mk. oder weniger unzulässig ist. Es kann auch nicht bezweifelt werden, daß dies den Zwecken entspricht, die der Gesetzgeber mit der Ausschließung von Vollstreckungshypotheken so kleinen Betrages verfolgte. Dies gilt insbesondere von der Ueberfüllung des Grundbuchs, die vermieden werden sollte; der Einwand, daß die nach § 1115 BGB. erforderliche Angabe des Kostenbetrags, wenn dieser neben der Hauptforderung eingetragen werden soll, die Uebersichtlichkeit des Grundbuchs in gleich hohem Grade beeinträchtige, beweist hiergegen nichts, ist aber auch unrichtig. Allerdings kommt nach dieser Ansicht der Gläubiger in die vom Obersten Landesgericht hervorgehobene Zwangslage, das kann aber die anderweit gebotene Auslegung des Gesetzes nicht beeinflussen. Ob der Grundbuchrichter überhaupt in der Lage wäre, die Vorlegung des Urteils zu verlangen, um daraus den fehlenden Nachweis der Zusammengehörigkeit der Kostenforderung mit der Hauptsache zu ergänzen, kann dahingestellt bleiben. Dadurch würde nur festgestellt werden können, ob es sich um eine Nebenforderung handle, womit für die Frage der Eintragungsfähigkeit nichts gewonnen ist. Y.

[1] Siehe den Vorlagebeschluß des Obersten Landesgerichtes vom 4. September 1905 oben Seite 431 Heft 20 (für die Bejahung).

### II.

**Auslegung des Art. 2 Abs. 2 des Unfall-Fürsorge-G. vom 18. Juni 1901 in Verbindung mit § 44 ff. der Bayr. VO. vom 26. Juni 1894.** Der Lokomotivführer W. erlitt im März 1902 auf einer Dienstfahrt einen Betriebsunfall, der seine dauernde Pensionierung zur Folge hatte. Die Pensionshöhe wurde nach § 44 ff. der VO. vom 26. Juni 1894 bemessen und blieb sonach hinter den Anforderungen der Fürsorgenovelle zurück. Der Kläger forderte vollen Schadensersatz durch Nachzahlung des Unterschieds zwischen der Pension und dem Aktivitätsbezug und Schmerzensgeld mit der Begründung, Art. 2 Abs. 2 des Unfall-Fürsorge-G. schließe

nur die Unfallversicherung aus, genüge aber nicht zur Erstreckung der Wirkung des § 14 (12) bis zur landesrechtlichen Neuregelung, zumal Kläger als statusmäßiger Bediensteter ohnehin der Unfallversicherung nicht unterstanden habe. Die Klage wurde abgewiesen, Berufung und Revision blieben ohne Erfolg.

Aus den Gründen: Für die Anschauung des Klägers spricht weniger der Wortlaut der Uebergangsbestimmung als die Unvollständigkeit des Ausdrucks, die darin liegt, daß nur von Ausschluß von der reichsgesetzlichen Unfallversicherung die Rede ist. Aber weil auch nur hiervon die Rede, so erweist sich sofort, daß der Gesetzgeber den mit dieser Bestimmung verfolgten Gedanken nur unvollkommen ausgedrückt hat, und es ergibt sich des weiteren die Frage, wie er ergänzt werden muß. Diese Ergänzung ist aber in den Bestimmungen zu suchen, die an Stelle der Unfallversicherung treten. Hier ist nun nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber die Rechtskontinuität habe unterbrechen und einen Rechtszustand wieder habe einführen wollen, der durch das Gesetz von 1886 in Verbindung mit langesgesetzlichen oder statutarischen Fürsorgebestimmungen, in Bayern also mit den Bestimmungen der VO. vom 26. Juni 1894, beseitigt war. Der natürliche Inhalt des nicht ganz ausgesprochenen Gedankens ist vielmehr der, daß in der Zwischenzeit, d. h. bis durch die Landesgesetzgebung oder durch statutarische Bestimmungen innerhalb der bis zum 1. Januar 1903 gewährten Frist der bestehenden Minderwertigkeit der Fürsorge in dem dem Gesetze vom 18. Juni 1901 entsprechenden Maße abgeholfen sein werde, es bei dem bisherigen Rechtszustande, also der bisher in Bayern durch die VO. vom 26. Juni 1894 gewährten Fürsorge sein Verbleiben habe. Diese Auffassung findet noch Unterstützung darin, daß das Gesetz vom 18. Juni 1901 das vom 15. März 1886 nicht aufhebt, sondern, wie im Art. 1 des ersteren ausdrücklich erklärt ist, dem letzteren nur eine neue (die „nachstehende") Fassung gibt. Die von dem Kläger vertretene Ansicht wird noch auf einen aus § 7 des GewUVG. entnommenen Grundsatz zu begründen versucht, nämlich auf den Gegensatz der in Betriebsverwaltungen eines Bundesstaats oder eines Kommunalverbands mit festem Gehalt und Pensionsberechtigung angestellten Beamten und der anderen Beamten eines Bundesstaats oder Kommunalverbands, für welche die in § 12 des RG. vom 15. März 1886 vorgesehene Fürsorge in Kraft getreten ist. Da die erste Beamtengruppe schon durch § 7 des GewUVG. von der Unfallversicherung ausgeschlossen ist, so soll die Bestimmung des Abs. 2 des Art. 2 des FürsorgeG. vom 18. Juni 1901 nur die zweite Gruppe betreffen. Mit Recht wird dagegen geltend gemacht, daß weder das FürsorgeG. vom Jahre 1886 noch das neuere vom 18. Juni 1901 eine solche Unterscheidung kennt (vgl. Schleizer in BlAdmPr. Bd. 53 S. 347). (Urt. VI 12/05 vom 2. Okt. 1905.) N.

III.

**Kreditversicherung. Ungerechtfertigte Bereicherung. (§§ 812 ff. BGB).** Die beklagte Firma war bei der Klägerin gegen Warenkreditverlust versichert und hat nach Ablauf des Versicherungsjahres einen Betrag als Verlustentschädigung bezahlt erhalten. Den Betrag nebst Zinsen fordert die Klägerin zurück; sie macht geltend, die Beklagte sei noch bei einer anderen Gesellschaft versichert gewesen und habe dies verschwiegen. Folge sei die Ungültigkeit der Versicherung und das Recht der Klägerin, die ohne Kenntnis der Doppelversicherung geleistete Zahlung zurückzufordern. Das der Klage stattgebende Berufungsurteil wurde vom Reichsgericht aufgehoben.

Aus den Gründen: Auf Grund des Kreditversicherungsvertrags konnte die Beklagte niemals vollen Ersatz ihres Jahresverlustes infolge der Zahlungsunfähigkeit von Schuldnern erlangen. Für die Anzeige der Insolvenz von Schuldnern war ein Formular vorgeschrieben, das u. a. die Fragen enthält, ob der verlorene Betrag ganz oder teilweise garantiert sei und ob Versicherungsnehmer irgendwelche Garantie besitze. Diese Fragen beantwortete die Beklagte mit „nein", obwohl sie noch anderweitig versichert war. Die Klägerin behauptet, jede von ihr nicht gestattete und ihr unbekannte Doppelversicherung mache den Vertrag ungültig. Bei Feuer-, Transport- und Kreditversicherung mache nach bestehendem Gebrauche eine Doppelversicherung den Vertrag ungültig, jedenfalls habe die Beklagte durch die Verweigerung Anspruch auf Ersatz verwirkt. Die Behauptung der Klägerin, bei Feuer-, Transport- und Kreditversicherung mache Doppelversicherung den Vertrag ungültig, ist in diesem Umfange nicht richtig. Ob sie bei der Feuer- und Transportversicherung zutrifft, kann unerörtert bleiben; die Kreditversicherung läßt sich mit diesen Arten nicht auf gleiche Stufe stellen. Der gegen Feuerschaden Versicherte erhält den vollen Schaden ersetzt; bei Ueber- und Doppelversicherung würde er sich bereichern. Das gleiche gilt für die Transportversicherung. Die Schadensversicherung soll aber nicht zu einer Bereicherung führen. Der Verstoß gegen diesen Grundsatz bewirkt, daß auch vom Standpunkte des Versicherten aus der Ueberversicherung etwas sittlich Bedenkliches anhaftet. Es läßt sich die Frage aufwerfen, ob nicht auch ohne gesetzliches Verbot oder vertragsmäßigen Ausschluß die Doppelversicherung den guten Sitten widerstreitet. Dieses Bedenken trifft bei der Kreditversicherung nicht zu. Gesetzt, die Beklagte erlitt in einem Jahre nur bei zwei Schuldnern Verlust, so erhielt sie aus der Versicherung gar nichts, mochte ihr Verlust noch so hoch sein. Für das einzelne Konto vergütet die Klägerin höchstens 4000 Mk. Bei Verlust von dreimal 10000 Mk. würde die Entschädigung nur 4000 Mk. betragen, bei einer Doppelversicherung (auf gleicher Grundlage) erhielt die Klägerin also für ihren Verlust von 30000 Mk. aus beiden Policen nur 8000 Mk. = 26⅔ %. Vom Standpunkte des Versicherten aus läßt sich demnach die Doppelversicherung rechtfertigen. Vom Standpunkt des Versicherers mögen Bedenken — größere Neigung des Versicherten zu leichtsinnigem Kreditgeben — bestehen. Diese können aber nicht dazu führen, eine oder beide Policen ungültig zu machen. Sie können höchstens den vertragsmäßigen Ausschluß rechtfertigen. So bestimmt Art. 8 der Statuten der Kreditversicherungsgesellschaft „L'Europe commerciale": „Im Falle einer weiteren Versicherung hat der Versicherte binnen 14 Tagen bei Strafe der nochmaligen Erhebung des jährlichen Beitrags die Gesellschaft zu benachrichtigen. Diese kann in diesem Falle jederzeit die Police kündigen". Dagegen Art. 16 der Statuten der Belgischen Gesellschaft „La Garantie de Commerce": „Die Gesellschaft gewährt keine Entschädigung demjenigen, dessen Geschäfte bei einer anderen Gesellschaft versichert sind, vorbehaltlich einer gegenteiligen Stipulation." (Vergl. Dr. Herzfelder, das Problem der Kreditversicherung, Seite 43 und Seite 50). Die Statuten der Klägerin enthalten eine gleiche oder nämliche Bestimmung nicht, sie ist deshalb weder berechtigt, dem Versicherten, der eine Doppelversicherung schließt, die Entschädigung vorzuenthalten, noch von dem Vertrage zurückzutreten. Von Bedeutung ist dagegen, ob nach dem Inhalt des Vertrages der Versicherte verpflichtet, die Gesellschaft berechtigt ist, die aus der zweiten Police gezahlten Beträge bei der Berechnung der zu zahlenden Entschädigung als empfangene Dividenden oder Abschlagszahlungen, und die zu erwartende Doppelentschädigung als zu erwartende Dividende anzurechnen. Wird dies bejaht, dann hat eine etwaige von der Versicherungsgesellschaft gestellte Frage nach der Doppelversicherung ohnehin

die gleiche Bedeutung, wie die Frage nach bereits empfangenen oder künftigen Dividenden oder nach Bürgschaften oder Realsicherheiten. Dann muß sie auch mit gleicher Gewissenhaftigkeit beantwortet werden, und die Verschweigung muß die gleichen Folgen haben. Diese Antwort kann allerdings nicht beim Vertragsantrag, sondern nur bei den Insolvenzanzeigen und bei der Jahresschlußanmeldung gegeben werden. Das Ergebnis der Erwägungen ist, daß die Klägerin die Entschädigung wegen der ihr unbekannten Doppelversicherung nicht verweigern, möglicherweise aber die Entschädigung kürzen konnte. Die Fragen der Klägerin verlangen nicht Auskunft über eine Doppelversicherung, sondern darüber, ob „obiger Betrag ganz oder teilweise garantiert" sei, ob der Versicherte „Garantieen besitze"? Das Berufungsgericht stellt fest, daß unter Garantieen nicht nur Bürgschaften und Pfänder, sondern auch die durch eine Kreditversicherung gewährte Sicherheit zu verstehen sei. (Das Reichsgericht rügt diese Feststellung; es bedarf deshalb nach seiner Auffassung einer erneuten Prüfung der Frage, ob eine unrichtige Antwort der Beklagten vorliegt.)

Aus § 276 BGB. kann für die Entscheidung nichts entnommen werden. Natürlich haftet die Beklagte für die Folgen einer Fahrlässigkeit; allein Folge einer Fahrlässigkeit des Gläubigers kann niemals sein, daß der Schuldner auch das wirklich Geschuldete nicht leisten muß. Dem Berufungsgericht mögen jene im Versicherungswesen üblichen Bestimmungen vorgeschwebt haben, die den Verlust des Anspruchs oder die Ungültigkeit des Vertrags festsetzen, falls nicht bestimmte Handlungen binnen bestimmter Frist vorgenommen, oder falls im Versicherungsantrag unrichtige Angaben gemacht werden. Hier bringt allerdings schon Fahrlässigkeit den Verlust des Anspruchs mit sich, derartige Abmachungen sind aber auch aus inneren Gründen berechtigt. Fahrlässige Versäumung einer Frist schadet dem Säumigen auf vielen Gebieten der Rechtsordnung, und was unrichtige Angaben bei Gelegenheit des Vertragsschlusses betrifft, so würde voraussichtlich der Versicherer ohne den Irrtum den Vertrag nicht geschlossen haben, die Ungültigkeit des Vertrags ist also wohlberechtigt und tritt unter Umständen auch ohne Vereinbarung ein (§ 119, 123 des BGB.). Anders verhält es sich mit unrichtigen Angaben bei der Erfüllung. Selbst bei absichtlicher Täuschung ist hier die durch die Rechtslogik gebotene Folge nur, daß der Gläubiger das durch den Irrtum Erlangte zurückgeben und Schadensersatz leisten muß, nie aber, daß der Schuldner auch das wirklich Geschuldete nicht leisten muß. Dies kann vielmehr nur die Folge einer besonderen Abmachung sein; solche die Verwirkung eines Anspruchs festsetzende Abreden fordern ihrer Natur nach engste Auslegung. (Urteil v. 4. Juli 1905). H.

IV.

**Pfändung von Darlehensvaluten (Baukapitalsraten.)**[1] Der Baumeister D. übernahm für B. die Herstellung eines Wohnhauses. Der Beklagte E. versprach ihm hiefür einen Baukredit von 30000 Mk. Die auf Grund dessen zu entrichtenden Vorschüsse sollten jeweils auf Anweisung des B. geleistet werden. D. stellte den Bau vor Vollendung ein. Der Kläger hatte gegen D. ein vollstreckbares Urteil auf 2000 Mk. für gelieferte Backsteine erwirkt und pfändete die dem D. gegen E. zustehende Forderung auf Gewährung von Baukredit. Nunmehr klagte er 2000 Mk. gegen E. ein. Die 1. Instanz wies die Klage ab. Das Berufungsgericht sprach dem Kläger 792.44 Mk. zu und wies im übrigen die Berufung ab. Die Revision war erfolglos.

Aus den Gründen: Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, daß der Anspruch auf Zahlung einzelner Baugeldraten abtretbar ist und daher an sich auch im Wege der Zwangsvollstreckung gepfändet und überwiesen werden kann (vgl. RG. Bd. 38 S. 308 ff., § 851 CPO.). Das Berufungsgericht nimmt aber an, daß nach Inhalt des Baugeldervertrages für die Gewährung der einzelnen Raten die Anweisungen des B. maßgebend waren und daß nach deren Maßgabe zur Zeit der Pfändung abgesehen von 2 noch nicht honorierten Anweisungen kein Anspruch für D. auf Zahlung bestand. Denn der Beklagte habe Beträge für den Kläger nur zurückbehalten können, wenn die Anweisungen des B. auf den Kläger selbst oder auf D. gelautet hätten. Dies sei aber nur bezüglich zweier Anweisungen der Fall gewesen, die übrigen hätten auf andere bestimmt bezeichnete Personen gelautet. Aus diesen Erwägungen rechtfertigte sich die Abweisung der Klage und es kann unerörtert bleiben, ob sich diese nicht schon deshalb als hinfällig erweist, weil der Baugeldgeber die Zahlungen einstellen kann, wenn der Bau eingestellt wird (vgl. RG. Bd. 37 S. 338). (Urt. des IV. CS. vom 1. Mai 1905.)

———n.

V.

**Zu § 177 GFG. (§ 2242 BGB.)** In einem notariellen Vertrage vom 14. Juli 1903 hatten A. und B. über das gesamte gegenwärtige Vermögen des A. verfügt. Die Erklärungen sind in der notariellen Urkunde von A. und B. unterschrieben worden. Darunter befindet sich folgende Bescheinigung des Notars: „Es wird hierdurch bescheinigt, daß vorstehende Verhandlung, so wie sie niedergeschrieben ist, stattgefunden hat, daß sie den Erschienenen in Gegenwart des unterzeichneten Notars laut vorgelesen, von ihnen genehmigt und, wie vorsteht, eigenhändig unterzeichnet worden ist." N. N., Kgl. Notar.

In einem Rechtsstreite zwischen A. und B. hatte A. die Nichtigkeit des Vertrages geltend gemacht, weil die Bestätigung des Notars die Vorschrift des § 177 I Satz 1 und 2 GFG. nicht ersetzen könne, wonach die Feststellung, daß das Protokoll vorgelesen, von den Beteiligten genehmigt und eigenhändig unterschrieben ist, einen notwendigen Bestandteil des ganzen von den Beteiligten zu unterschreibenden Protokolls bilde. Die Vorinstanzen bestätigten diese Auffassung, das Reichsgericht wies die Revision zurück.

Aus den Gründen: Die Streitfrage ist zwar in früheren Entscheidungen des Reichsgerichts (Beschl. des IV. S. vom 27. Juni 1901, Jur. Monatsschrift f. Posen, Bd. IV S. 144, RGE Bd. 50 S. 215, Bd. 53 S. 150, Jur. Wschr. 1904 S. 144, 15) berührt, aber nicht entschieden worden. Sie ist auch für die Auslegung des mit dem § 177 GFG. sich fast wörtlich deckenden § 2242 BGB. von Bedeutung. Nach dem Inhalt des § 177 und der damit im Zusammenhang stehenden weiteren Bestimmungen des GFG. war sie im Sinne der Vorinstanzen zu entscheiden. Der Vertrag ist vom Notar nach den Vorschriften des preuß. Gesetzes vom 11. Juli 1845 aufgenommen worden. Dieses unterschied zwischen dem die Erklärungen der Beteiligten enthaltenden Protokoll und dem auf die Kenntnis und Wahrnehmung des Notars sich stützenden Schlußattest. Nur durch letzteres sollte die Feststellung erfolgen, daß die aufgenommene Verhandlung den Beteiligten vorgelesen, genehmigt und unterzeichnet ist. Eine solche Unterscheidung liegt dem Reichsgesetz ferne. Dieses verweist nicht nur die Erklärungen der Beteiligten, sondern auch die auf der Kenntnis und Wahrnehmung der Urkundspersonen beruhenden Feststellungen in das Protokoll. So bestimmt der 3. Absatz des § 176, das Protokoll solle die Angabe enthalten,

[1] Vgl. hiezu das in Nr. 8 S. 205 f. abgedruckte Erkenntnis des Oberlandesgerichts München, sowie neuerdings Abraham in der Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen 1905 Nr. 11 S. 273 ff.

ob die Urkundsperson die Beteiligten kennt und, sofern dies nicht der Fall ist, in welcher Weise sie sich Gewißheit verschafft hat; ist diese Gewißheit nicht verlangt, so sollen der Sachverhalt und dasjenige, was zur Feststellung der Persönlichkeit beigebracht ist, in das Protokoll aufgenommen werden. Hierauf folgen unmittelbar als zwingende Vorschriften die beiden ersten Sätze des § 177: „Das Protokoll muß vorgelesen, von den Beteiligten genehmigt und von ihnen eigenhändig unterschrieben werden. Im Protokolle muß festgestellt werden, daß dies geschehen ist." Der Zusammenhang dieser Vorschriften nötigt zu der Annahme, daß die im 2. Satze vorgeschriebene wesentliche Feststellung einen notwendigen Bestandteil des im 1. Satze bezeichneten Protokolls bildet. Eine Bestärkung gewährt die Fassung, in welcher § 179 Abs. II mit denselben Worten, „daß dies geschehen ist", in einem Satze eine anderweite Feststellung in dem Protokolle vorschreibt. Hiernach muß das Protokoll dem der deutschen Sprache nicht mächtigen Beteiligten . . . in der fremden Sprache vorgetragen werden und die Feststellung enthalten, daß dies geschehen ist. In dem Reichsgesetz ist überall nur von dem Protokoll die Rede, eine etwaige Unterscheidung zwischen einem Protokollteile, der den Anforderungen des § 177 Abs. I Satz 1 entspricht und einem anderen von diesen Anforderungen befreiten Teile des Protokolls wird nirgends gemacht. Die notarielle Urkunde vom 14. Juli 1903 entspricht sonach nicht den Vorschriften des Gesetzes. (Urt. d. IV. ZS. vom 11. Juli 1905.)

— ch.

VI.

**Zu § 1517 Abs. 1 BGB.** Aus den Gründen: Mit Recht geht der Berufungsrichter davon aus, daß „Kenntnis erlangen" im Sinne des § 1517 Abs. 1 BGB. mit dem anderwärts vom Gesetze gebrauchten Ausdruck „kennen müssen" nicht zusammenfällt und daß hier die fahrlässige Unkenntnis der Kenntnis nicht gleichsteht. Handelt es sich deshalb um die Kenntnis einer der Vergangenheit angehörigen Tatsache, die durch die Mitteilung eines Dritten vermittelt wird, so wird man regelmäßig erst dann von erlangter Kenntnis sprechen dürfen, wenn die Mitteilung für wahr gehalten wird. Freilich kann sich der Richter in der Regel mit der Darlegung begnügen, daß unter den Umständen, unter denen die Mitteilung geschah, kein vernünftig Denkender an der Wahrheit des Mitgeteilten gezweifelt haben würde, und er wird ohne überzeugende Gegendarlegungen den Empfänger nicht leicht mit dem Einwand hören, daß er die Mitteilung dennoch für wahr gehalten habe. Wie weit er aber hierbei in der Würdigung des Sachverhalts gehen will, ist Beweisfrage und der Nachprüfung in der Revisionsinstanz entzogen. (Urt. d. IV. ZS. vom 12. Okt. 1905.)

— — — n.

B. Straffachen.

I.

**Zu § 8 des Süßstoffgesetzes vom 7. Juli 1902.** Ein Kaufmann bezog Süßstoff von mehr als 50 g mit der Bahn. Die Sendung wurde auf einer badischen Station nach einer bayerischen unter einer Deckadresse aufgegeben und war im Frachtbrief falsch deklariert. Der Kaufmann versuchte die Kiste auf der bayerischen Station vergebens zu bekommen. Auf seine telephonische Anfrage verlangte der Spediteur, dem die Bahnverwaltung die Kiste übergeben hatte, schriftliche Bestätigung, daß der Anrufende der Empfänger sei, und, da sie nicht gegeben wurde, erfolgte amtliche Oeffnung und Beschlagnahme. Das Landgericht verurteilte den Kaufmann wegen Vergehens aus § 8 Abs. 1 des Süßstoffgesetzes, weil er die Kiste in Kenntnis ihres verbotenen Inhalts in Besitz gehabt habe. Der I. Strafsenat des Reichsgerichts verwies die Sache am 9. Okt. 1905 unter folgender Begründung zurück: Wo in Strafgesetzen an den Besitz rechtliche Folgen geknüpft sind, darf dieser Ausdruck nicht ohne weiteres nach dem Sprachgebrauche des bürgerlichen Rechts verstanden werden, weil der Besitz, wenn ihm auch vom bürgerlichen Recht rechtliche Wirkungen beigelegt werden, doch nicht ausschließlich ein privatrechtliches Gebilde, sondern zunächst rein tatsächlicher Natur ist (vgl. § 854 Abs. 1 BGB.). Das hat das Reichsgericht für den Besitzbegriff in § 9 d Sprengstoffgesetzes (RGSt. Bd. 12 S. 256) ausgesprochen, der Senat hat sich aber auch neuerdings bezüglich der Unterschlagung auf denselben Standpunkt gestellt (a. a. O. Bd. 37 S. 198). Hier ist hervorgehoben, es sei aus der Fassung „Besitz oder Gewahrsam" nicht abzuleiten, daß unter „Besitz" ein von dem „Gewahrsam" verschiedenes Verhältnis verstanden werden müßte, vielmehr lasse sich die Wahl beider Worte aus dem Bestreben erklären, der Unsicherheit zu begegnen, die bei dem Mangel fester Begriffsbestimmungen aus dem ausschließlichen Gebrauche eines hätte entstehen können. Dieselben Erwägungen treffen für § 8 des Süßstoffgesetzes zu. Auch hier findet sich, wie in § 246 des StGB., die wohl nicht ohne Absicht gewählte Fassung „Besitz oder Gewahrsam" und die Worte „vorgefunden wird" deuten darauf hin, daß nur derjenige strafbar sein soll, der den Stoff in seine unmittelbare körperliche Gewalt gebracht hat. Bei einem „mittelbaren" Besitzer kann Süßstoff nicht „gefunden" werden. Selbst wenn man die Bestimmungen des BGB. über Besitz maßgebend sein lassen wollte, konnte der Angeklagte als Empfänger, nicht als Absender der Waren noch nicht „mittelbarer" Besitzer nach § 868 BGB. sein, solange sie sich auf dem Transporte befanden. Gewerbsmäßige Frachtführer sind regelmäßig Vertreter des Absenders, nicht des Empfängers (Jaeger, KO. Anm. 6 Abs. 2 zu § 43, Staub, HGB., Exkurs zu § 382 Anm. 56 und 57, Staudinger, BGB. III. Bd. Bem. 2 zu § 929), sie können nur dem ersteren gegenüber als „Besitzmittler" oder „Besitzdiener" (§ 855 BGB.) angesehen werden, und es bedürfte des Nachweises besonderer Abmachungen zwischen dem Angeklagten und der Bahnverwaltung, sowie ihrem Vertreter, dem Spediteur, um zu einer gegenteiligen Auffassung gelangen zu können. Solche lassen sich den Gründen nicht entnehmen."

Mitgeteilt von Staatsanwalt Hahn in Hof.

II.

**Liegt in der Angabe des Wertes einer Sache die Behauptung einer Tatsache?** (bei Brandschadenliquidation). (§ 263 StGB.).

Aus den Gründen: Von den Revisionen wird behauptet, in der falschen Ueberwertung eines Gegenstands könne nicht die Vorspiegelung einer falschen Tatsache erblickt werden, da eine Taxe nur ein Urteil darstelle. Damit soll offenbar gesagt werden, die Angabe des Wertes einer Sache sei nicht Behauptung einer Tatsache. Dies ist nicht richtig. Daß der Behauptung einer Tatsache ein Urteil, eine Schätzung zugrunde liegt, nimmt der Tatsache nicht ihre Eigenschaft. Der durch Feuer Beschädigte soll die nicht mehr vorhandenen, also auch nicht mehr schätzbaren Sachen mit ihrem Werte vor dem Brande anführen. Dabei wird allerdings in der Regel eine Schätzung unter Zugrundelegung bestimmter anderer Tatsachen, wie Ankaufspreis, Dauer des Gebrauchs, Abnutzung und dergl. nötig sein; immer aber wird schließlich die Tatsache behauptet, daß die Sache den angegebenen Wert gehabt habe. Nur für die Frage, ob eine Vorspiegelung vorliege, ist es erheblich, daß eine solche Schätzung, wenn auch irrig, doch in gutem Glauben gemacht sein kann. Das Reichsgericht hat — Entsch. Bd. 19, S. 13 — ausführlich die Frage erörtert, wie sich die Uebertretung des § 20 des Preußischen Gesetzes

vom 8. Mai 1837, betreffend das Mobiliar-Feuerversicherungswesen, welcher die wissentliche Versicherung von Mobiliar zu einem höheren als dem gemeinen Werte mit Strafe bedroht, zu der zu hohen Liquidation des Schadens nach dem Brande verhält. Diese Erörterung würde überflüssig gewesen sein, wenn es nicht eine solche Ueberwertung der verbrannten Sachen für einen Betrug oder Betrugsversuch erachtet hätte. (Urt. d. I. StS. v. 6. Juli 1905. D. 6020/04.)

B.

III.

**Anrechnung der Untersuchungshaft, wenn gemäß § 79 StGB. auf Gesamtstrafe erkannt wird.**

Aus den Gründen: Der erste Richter hat die Angeklagte wegen Kuppelei zu 14 Tagen Gefängnis verurteilt, nach § 79 StGB. unter Einrechnung einer noch nicht verbüßten, von dem Schöffengericht E. erkannten Gefängnisstrafe von 5 Tagen eine Gesamtstrafe von 18 Tagen festgesetzt und diese für verbüßt erachtet, indem er die Untersuchungshaft angerechnet hat, welche die Angeklagte in dem Verfahren wegen Kuppelei erlitten hat. In dem früheren Verfahren war die Untersuchungshaft nicht verhängt gewesen.

Mit Recht bekämpft die Revision des Staatsanwalts dieses Verfahren. Nach § 60 StGB. kann die Untersuchungshaft nur dann angerechnet werden, wenn sie in dem Verfahren verhängt worden war, in welchem das Urteil ergeht, und es wird ein gemeinsames Verfahren dadurch nicht begründet, daß nach § 79 StGB. eine früher erkannte Strafe zur Bildung einer Gesamtstrafe benutzt wird. (Vgl. Entsch. Bd. 31 S. 244). Hier konnte daher die vom Schöffengerichte erkannte Strafe nicht für verbüßt erachtet werden. Es entsteht aber nun die Frage, auf welchen Teil der Gesamtstrafe die Untersuchungshaft angerechnet werden darf. Wenn auch die Gesamtstrafe nach § 74 StGB. in einer Erhöhung der schwersten Strafe besteht, so bleibt doch diese nicht mehr als solche bestehen, sondern geht in der Gesamtstrafe auf. Deshalb kann nicht die 14tägige Gefängnisstrafe für verbüßt erachtet werden, sondern nur ein verhältnismäßiger Teil der Gesamtstrafe. Dabei ist davon auszugehen, daß wie auf die Einzelstrafe von 5 Tagen Gefängnis, so auch auf den entsprechenden Teil der Gesamtstrafe die Anrechnung der Untersuchungshaft unbedingt ausgeschlossen ist. Dieser Teil beträgt 4 14/19 Tag. Da die Bemessung einer Gefängnisstrafe nach Bruchteilen eines Tages nicht erfolgen darf, so muß das Gleiche auch für die Anrechnung der Untersuchungshaft gelten. Diese ist nach dem Obigen für 14/19 des fünften Tages ausgeschlossen und muß deshalb auch für die übrigen 5/19 des fünften Tages unterbleiben. Es können mithin nur 13 Tage der Gesamtstrafe für verbüßt erachtet werden. (Urt. d. I. StS. vom 26. Juni 1905 Nr. 5760/04.)

B.

IV.

**Tatbestandsmerkmale einer Uebertretung aus Art. 112 Ziff. 1 PStGB.** Das auf Verurteilung wegen Diebstahls lautende landgerichtliche Urteil wurde aufgehoben aus folgenden Gründen: Die Angeklagten haben aus einem Acker Kartoffeln entwendet. Die Menge der nachweislich von ihnen entwendeten Kartoffeln war nach Annahme des Erstrichters beträchtlich. Der Wert „konnte nicht genauer bestimmt werden", doch äußerte der Erstrichter in den Strafausmessungsgründen, daß er „nicht groß" gewesen sei. Nach Art. 112 Ziff. 1 des Bayer. PStGB. wird an Geld bis zu 60 Mk. bestraft, wer unbefugt von Aeckern Feldfrüchte oder andere Erzeugnisse, „von unbedeutendem Werte oder in geringer Quantität" entwendet. „Unbedeutender Wert" und geringe „Quantität" werden sohin nicht kumulativ, sondern alternativ als Voraussetzungen für die Annahme einer Feldpolizeiübertretung aufgeführt, und es liegt deshalb ein solches immer schon dann vor, wenn auch nur die eine oder die andere Voraussetzung gegeben ist. Umgekehrt muß in solchem Falle die Annahme eines Diebstahls (§ 242 StGB.) ausgeschlossen sein. Die Verurteilung wegen Diebstahls beruht augenscheinlich auf dem Irrtum, daß es für die Annahme eines Diebstahls genüge, wenn das Entwendete von beträchtlicher Quantität sei. Der Erstrichter hätte sich aber auch schlüssig machen müssen, ob die Kartoffeln von unbedeutendem Werte waren oder nicht. Sollte letzteres nicht festzustellen sein, so bleibt nur übrig, zugunsten der Angeklagten das erstere anzunehmen, und wäre sodann nur eine Verurteilung wegen Uebertretung aus Art. 112 PStGB. möglich. (Urt. d. I. StS. v. 29. Juni 1905, 1 D. 433/05.)

B.

V.

**Zu § 148 Abs. III des Vereinszollgesetzes.** Aus den Gründen: „Die Auslegung, welche Erstrichter dem § 148 Abs. 3 VZG. gibt, kann nicht gebilligt werden. Der Wortlaut läßt die Deutung zu, daß im Falle wirklichen Gebrauchs der Waffen nicht die Strafbestimmung des § 148 Abs. 1, sondern die nach den Landesgesetzen verwirkten Strafen Platz greifen sollen; allein sie ist mit dem Geiste des Gesetzes nicht vereinbar. In diesem sind aus verschiedenen Gründen Strafschärfungen vorgesehen, und es beruhen seine Strafbestimmungen durchweg auf dem Grundsatze der Strafenhäufung. In §§ 134, 135 ist die Konfiskation als Hauptstrafe und neben ihr weitere Strafe angedroht; die Verdoppelung der Geldstrafe in den Fällen der §§ 140, 141 und die Schärfung der Strafe um die Hälfte in denen des § 144 kommen im Ergebnis einer Strafenhäufung gleich; die in §§ 146, 147, a b 148 Abs. 1 angedrohten Freiheitsstrafen treten als Schärfungsstrafen neben die verwirkten ordentlichen Strafen, mögen sie Geldstrafen oder Freiheitsstrafen sein, und endlich findet der Grundsatz der Strafenhäufung Ausdruck in § 158, wonach beim Zusammentreffen einer Kontrebande oder Defraudation mit anderen strafbaren Handlungen (ohne Unterschied ob rechtliches oder sachliches) „die für erstere bestimmte Strafe zugleich mit der für letztere vorgeschriebenen" auszusprechen ist. Auf die Anwendung des § 158 hinzuweisen, kann allein die Absicht des Abs. III des § 148 sein. Ihm die Bedeutung beizulegen, daß bei wirklichem Widerstande mit der Waffe die Schärfungsstrafe des Abs. I wegfallen und durch die Strafe der Landesgesetze ersetzt werden solle, würde dem überall durchgeführten Grundgedanken, Strafschärfung und Strafenhäufung eintreten zu lassen, widersprechen, und keinesfalls kann es der Wille des Gesetzes sein, in den Fällen des Abs. III eine mildere Bestrafung zu ermöglichen als in denen des Abs. I. Diese Möglichkeit wäre auch schon nach den zur Zeit der Einführung des VZG. geltenden Landesgesetzen vorhanden gewesen; es genügt hiefür die Bezugnahme auf das preuß. Strafgesetz vom 14. April 1851. Wenn man auch den § 148 Abs. III angesichts des § 158 für überflüssig erklären könnte, so darf doch daraus kein Schluß gezogen werden, weil ähnliches auch von den §§ 159, 160, 161 Abs. II zu sagen wäre". (Urt. d. I. StS. v. 8. Juni 1905).

— —s— —

## Oberstes Landesgericht.

### Strafsachen.

**Fassade, Wettermantel, Straßen im Sinne der Münchener Bauordnung** vom 29. Juli 1895 §§ 10, 11 Z. 8, 67 Abs. V. Weder die allgemeine Bauordnung vom 17. Februar 1901 noch die Münchener Bauordnung enthält eine Definition des Begriffs „Fassade". Dieser ist daher nach dem allgemeinen Sprachgebrauch auszulegen. Hiernach konnte das Berufungsgericht ohne Irrtum annehmen, daß unter Fassade die freistehende Außenseite eines Gebäudes

zu verstehen sei.[1]) Der Begriff „*Wettermantel*“ im Sinne des § 67 Abs. 5 der Münchener Bauordnung erfordert, daß eine Hauswand vorhanden ist, welche durch eine „Wettermantel“ genannte, hölzerne Hülle gegen atmosphärische Einflüsse geschützt werden soll. Nach § 11 Ziff. 8 a. a. O. sind Hauptreparaturen oder Hauptänderungen nur die baulichen Aenderungen der Fassaden von Bauten an Straßen und öffentlichen Plätzen, es müssen also die Fassaden den *Straßen* oder öffentlichen Plätzen zugekehrt sein. Hierunter ist jede in einer Ortschaft gelegene Wegfläche zu verstehen, welche für jedermann zugänglich ist und tatsächlich dem öffentlichen Verkehr dient, *ohne daß etwas darauf ankommt, in wessen Eigentum der Straßenkörper* steht und ob diesem die Eigenschaft einer öffentlichen Straße durch den Eigentümer der Grundfläche jederzeit *wieder entzogen werden* kann oder nicht.[2]) Von dieser konstant festgehaltenen Auslegung des Begriffs abzugehen, liegt kein Anlaß vor, zumal auch die allg. Bauordnung vom 17. Februar 1901 in § 1 bestimmt, daß als „öffentliche“ Plätze, Straßen und Wege jene gelten, welche dem allgemeinen Verkehr dienen oder zu dienen bestimmt sind. Dieser Anschauung steht auch nicht entgegen, daß für das in Rede stehende Areal die *Baulinienfestsetzung* noch nicht stattgefunden hat; letztere ist zwar die Voraussetzung für die Bebauung eines Grundstückes nicht aber für die Existenz einer öffentlichen Straße. (Urt. vom 19. Oktober 1905.)

Mitgeteilt von Staatsanwalt Dr. *Haberstumpf* in München.

## Oberlandesgericht München.

### I.

**Die aus der Zinsen- und Kostenkautionshypothek entstandene Eigentümerhypothek kann nicht zum Nachteil der Haupthypothek geltend gemacht werden.** Auf einem Anwesen war an 1. Rangstelle eine Hypothek von 180 000 Mk. mit 10 % Nebenkaution eingetragen. Bei der Versteigerung wurde ein Erlös von 188 000 Mk. erzielt. Bei dem Versuch außergerichtlicher Ausweisung des Strichschillings legte der Ansteigerer die Nachweise dafür vor, daß er 8000 Mk. rückständige Zinsen, Kosten ꝛc. gezahlt hatte und bezüglich der Hypothek zu 180 000 Mk. von der Gläubigerin als alleiniger Schuldner übernommen wurde. Das Vollstreckungsgericht wies den Antrag, nach Art. 96 SubhO. zu verfahren, ab, da die 10 % Nebenkaution Gleichrang mit der Haupthypothek und also Anspruch auf Befriedigung im Gleichrang aus dem Strichschilling habe. Auf Beschwerde hob das Landgericht den Beschluß auf, weil in einer altrechtlichen Subhastation eine Eigentümerhypothek nicht berücksichtigt werden könne. Die Beschwerde des Verwalters im Konkurse über das Vermögen des Subhastaten wurde verworfen.

*Aus den Gründen:* Es kann dahin gestellt bleiben, ob § 15 EG. z. ZwVG. die Berücksichtigung der Eigentümerhypothek in dem altrechtlichen Verfahren ausschließt und ob die Haupthypothek mit dem Zuschlag erloschen ist; denn jedenfalls muß bei Zugrundelegung des neuen Rechts § 1176 BGB. zwar nicht wörtliche, aber sinngemäße Anwendung finden. Die Hypotheken für das Kapital einerseits, für die Zinsen, Kosten und Schäden andererseits wurden in einem einheitlichen Akte errichtet, sie sollten dem Gläubiger an der hiefür eingeräumten Rangstelle Sicherheit für den Hauptanspruch wie die Nebenansprüche gewähren. Dieser Zweck darf hier ebensowenig wie bei teilweiser Erwerbung der Hypothek durch den Eigentümer dadurch vereitelt werden, daß letzterer dem Gläubiger mit der Kautionshypothek in der Haupthypothek Konkurrenz macht. Für das preußische Recht, nach dem die Teileigentümerhypothek in Fällen des § 1176 BGB. mit der Resthypothek des Hypothekgläubigers gleichen Rang hatte — ER. Bd. 2 S. 206 — hat das Reichsgericht überdies ausgesprochen, daß, wenn der die Teilhypothek erwerbende Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner ist, der Geltendmachung jenes Gleichrangs die exceptio doli generalis entgegenstehe, weil der Schuldner das, was er infolge der Konkurrenz mit dem Hypothekgläubiger erlangen würde, diesem aus dem persönlichen Schuldverhältnis wieder erstatten müßte (ER. 27, 188). Es entspricht der Weiterentwicklung, die das preußische Recht in § 1176 BGB. gefunden hat, wenn man nicht bloß dem Hypothekgläubiger eine Einrede gegen die Geltendmachung des Gleichrangs gibt, sondern anerkennt, daß der Eigentümer und Schuldner die Hypothek zum Nachteil der dem Gläubiger verbleibenden Hypothek überhaupt nicht geltend machen kann, so daß die Sachlage auch in dem Verhältnis zwischen Ansteigerer und Schuldner zu berücksichtigen ist. (Beschl. des IV. ZS. vom 20. Mai 1905, BeschwReg. Nr. 586/05 IV.)

Mitgeteilt von Amtsrichter Dr. *Koch* in München.

### II.

**Zuständigkeit für Erteilung der Rechtsnachfolgeklausel zu einem unter der Bayer. Proz.-O. von 1869 erlassenen Urteile (§§ 727 ff. ZPO., 21 EG. z. ZPO., Art. 225, 230 AG. z. ZPO.)** Das vormalige Bezirksgericht München rechts der Isar erließ am 30. Juli 1878 in Sachen der Bauerseheleute L. gegen den Ziegeleibesitzer R. in D. Versäumungsurteil auf 857 Mk. samt Nebensache; am 10. Nov. 1878 erhielt die Klagepartei vollstreckbare Ausfertigung. Im Mai 1905 beantragte Letztere die Erteilung der Rechtsnachfolgeklausel seitens der Gerichtsschreiberei des Landgerichts München II gegen die durch öffentliche Urkunde ausgewiesenen Erben des Schuldners R. und legte hiezu die frühere vollstreckbare Ausfertigung vor. Der Gerichtsschreiber lehnte das Gesuch mangels örtlicher Zuständigkeit ab, weil D. nunmehr zum Bezirk des Landgerichts München I gehöre, und das Prozeßgericht trat ihm bei. Auf Beschwerde wurde jedoch der Gerichtsschreiber zur sachlichen Verbescheidung angewiesen, hiebei die Beschwerde als einfache behandelt, zur Sache selbst aber ausgeführt, daß für eine neue Zwangsvollstreckung aus dem Urteil vom 30. Juli 1878 nach §§ 1, 21 ff. EG. z. ZPO. die Vorschriften der ZPO. maßgebend seien, d. h. also hier, was die ZPO. über die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckungen gegen Erben bestimme, insbesondere hinsichtlich der Notwendigkeit der Rechtsnachfolgeklausel seitens des Gerichtsschreibers erster Instanz.[1]) An Stelle des aufgelösten Bezirksgerichts München r. d. J. sei bezüglich der Akten und Register nach JMBek. vom 28. Juli 1879 Ziff. 14 das Landgericht München II getreten. Allerdings habe die Zuständigkeit des Bezirksgerichts auf dem Wohn-

---

[1]) Das Oberste Landesgericht hat damit die Behauptung des Revisionsführers widerlegt, daß unter der Fassade „die architektonische oder doch irgendwelchen ästhetischen Rücksichten durch ihre äußerliche Erscheinung Rechnung tragende Wand“ zu verstehen sei.
Der Einsender.

[2]) Also im Gegensatz zu v. Borscht's Kommentar zur Münchener Bauordnung S. 23. Der Einsender.

[1]) Anderer Meinung, nämlich für fortdauernde Anwendbarkeit der Bayer. ProzO. auch hinsichtlich der Form der vollstreckbaren Ausfertigung, ist das Oberste Landesgericht (n. S. Bd. 4 S. 124) und § 79 der JMBek. vom 30. Sept. 1879 (JMBl. S. 1556); in der jetzt geltenden GeschA. f. GerVollz. vom 28. April 1900 (JMBl. S. 621) fehlt eine ähnliche Vorschrift. Für die im abgedruckten Beschluß vertretene Ansicht auch OLG. Bamberg in Hausers Zeitschr. f. Reichs- und Landesrecht Bd. 4 S 435 und Böhm-Delius, HB. der Rechtshilfeverf. S. 340. Die Frage war schon 1870 beim Uebergang von der Bayer. GO. zur ProzO. streitig (Bl. f. RA Bd. 18 S. 119; ErgBd. 2 S. 20, 57; Ztschr des Bayer. Anw.-V. Bd. 10 S. 314). Bei Anwendung der Bayer. ProzO. Art. 821, 833 wäre der obige Zuständigkeitsstreit gegenstandslos gewesen, weil die Zustellung des Urteils samt Erbschein an die Erben ohne neue Klausel genügt hätte. Der Eins.

sitz des Beklagten in dessen Bezirk beruht und gehöre die Ortschaft D. jetzt zum Landgericht München I; allein hieraus könne im Anschluß an JurWSchr. 1899 S. 5 höchstens eine wahlweise, aber nicht die ausschließliche Zuständigkeit des Gerichtsschreibers letzteren Gerichts gefolgert werden. Die ZPO. knüpfe diese Vorbereitungshandlungen der Vollstreckung nicht an den jeweiligen Gerichtsstand des Schuldners, sondern an den Aktenbesitz (Motive zu § 612 des Entwurfs). Da nun die einschlägigen Akten wie das Urteilsbuch beim Landgericht München II in Verwahrung seien, ergab sich auch hieraus die Zuständigkeit der angegangenen Gerichtsschreiberei. Gebühren für die Beschwerdeinstanz blieben außer Ansatz, weil hinsichtlich der streitigen Zuständigkeit ein privatrechtlich beteiligter Gegner nicht vorhanden sei (§ 45 GKG.). (Beschl. vom 21. September 1905, BeschwR. 490/05.) N.

III.

**Keine Festsetzung der Vollstreckungskosten zu einer exekutorischen Urkunde. (§§ 794 ff., 788, 104 ff. ZPO.)** Auf die Vollstreckung eines notariellen Schuld- oder Hypothekenbriefs zu 17000 Mk. waren 131 Mk. 82 Pfg. Anwaltskosten erwachsen. Der zum Landgericht des Amtssitzes des Notars gestellte und auf § 104 ZPO. mit Gaupp-Stein, Komm. Not. I zu § 104 gestützte Festsetzungsantrag wurde als unzulässig zurückgewiesen und die Beschwerde blieb erfolglos.

Aus den Gründen: Wenn auch die im § 794 Nr. 5 ZPO. angeführten Urkunden einen Vollstreckungstitel bilden, so gilt dies nur bezüglich der in der Urkunde bezeichneten Geldsumme oder bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Wertpapiere, nicht aber bezüglich einer erst später entstehenden Forderung, wie der Kosten der Vollstreckung (Seuffert ZPO. zu § 104) und mangelt es sohin hinsichtlich letzterer an der Voraussetzung der Kostenfestsetzung, nämlich an einem Vollstreckungstitel. (Beschl. vom 19. Okt. 1905, BeschwR. 539/05 II). N.

## Landgericht München I.

I.

**Verweigerung der Ansetzung eines Offenbarungseidstermins auf Grund des § 903 ZPO.** Die Firma H. reichte durch ihren Anwalt gegen den Sattlermeister B. die Ladung zum Offenbarungseid behufs Terminsbestimmung ein. Das Amtsgericht teilte dem Anwalt telephonisch mit, B. habe erst vor etwa sechs Wochen den Eid geleistet und forderte Glaubhaftmachung neuerlichen Vermögenserwerbs. Da diese verweigert wurde, lehnte das Vollstreckungsgericht unter Bezugnahme auf den in Zeitschr. f. Rechtspfl. 1905 S. 182 mitgeteilten Beschluß des Landgerichts Nürnberg die Terminsansetzung ab. Die Beschwerde wurde zurückgewiesen. Zur Begründung wurde ausgeführt, seit der Beseitigung der obligatorischen mündlichen Verhandlung und des Eidesurteils unterstehe das Offenbarungseidsverfahren wie sonst die Vollstreckung überhaupt dem Offizialprinzip und da das Verfahren mit der Ladung beginne (§ 900 Abs. 1 ZPO.), so werde nunmehr von der überwiegenden Meinung mit Recht die Prüfung der Vollstreckungsvoraussetzungen bereits bei der Terminsbestimmung gefordert. Unter diese Voraussetzungen gehöre im Falle des § 903 ZPO. auch die dort vorgesehene Glaubhaftmachung. Das öffentliche Interesse sei hiebei sowohl wegen Verminderung der Eide als wegen Erleichterung der Geschäftslast beteiligt und die Berücksichtigung von Amts wegen um so mehr berechtigt, als das Schuldnerverzeichnis jetzt einen bequemen Auskunftsbehelf biete. Die allenfallsige — hier übrigens nicht behauptete — Bereitwilligkeit des Schuldners zur Eideswiederholung könne wohl die Glaubhaftmachung nach § 903 begründen, nicht aber mangels der gesetzlichen Voraussetzungen die Vornahme von Vollstreckungshandlungen rechtfertigen. Der Gläubiger sei nicht befugt, unter Androhung der Haft das Erscheinen des Schuldners lediglich zu dem Zwecke herbeizuführen, um von ihm Erklärungen zur Erleichterung der Rechtsverfolgung zu erlangen. Die einseitige Bezeichnung des Schuldners im Urteil als „Sattlermeister" begründe selbstverständlich keine Glaubhaftmachung neuerlichen Vermögenserwerbs. (Beschluß vom 17. Aug. 1905, Beschw.-Reg. 480/05.) N.

II.

**Bedeutung der „Aufrechthaltung" der früheren Entscheidung nach § 343 ZPO. hinsichtlich der vorläufigen Vollstreckbarkeit.** Am 17. Juni 1905 erließ das Amtsgericht M. gegen die Eheleute E. Versäumnisurteil auf 54 Mk. 60 Pfg. und erklärte es antragsgemäß für vorläufig vollstreckbar. Die Beklagten erhoben Einspruch, erwirkten Beschluß auf Einstellung der Zwangsvollstreckung und hinterlegten am 4. Juli 1905 die geforderte Sicherheit von 80 Mk. In der Einspruchsverhandlung vom 8. Juli 1905 beantragte der Klageteil Aufrechthaltung des Versäumnisurteils, die beklagte Partei dagegen dessen Aufhebung und vorsorglich Ausspruch nach § 713 Abs. 2 ZPO. Am 12. Juli 1905 verkündete das Amtsgericht Urteil dahin, daß das Versäumnisurteil aufrechterhalten werde und die beklagte Partei die Einspruchskosten zu tragen habe; hinsichtlich der vorläufigen Vollstreckbarkeit enthielt die Formel nichts, während in den Gründen bemerkt war, daß auf das neuerliche Sicherheitsangebot des beklagten Teils nicht einzugehen gewesen sei, weil ohnehin schon genügende Sicherheit geleistet worden. Am 21. Juli 1905 wurden die Kosten festgesetzt; der Beschluß erwähnt als Titel das Urteil vom 12. Juli 1905 ohne weiteren Zusatz hinsichtlich der Vollstreckbarkeit oder deren Abwendung.

Am 30. Juli 1905 erließ das gleiche Amtsgericht als Vollstreckungsgericht antragsgemäß auf Grund des Kostenfestsetzungsbeschlusses Pfändungsbeschluß hinsichtlich der Mietzinse des Anwesens der Beklagten, der den Drittschuldnern durch Vermittelung des Gerichtsschreibers am 1. August 1905 zugestellt wurde. Inzwischen hatte am 31. Juli 1905 der Anwalt der Beklagten dem Vertreter der Klagspartei Abschrift der Hinterlegungserklärung vom 4. Juli 1905 zustellen lassen und erhob gegen die Pfändung Einwendungen, worauf das Amtsgericht mit Beschluß vom 11. August 1905, überschrieben „einstweilige Anordnung", den Pfändungsbeschluß wieder aufhob. Hiegegen legte der Gläubiger sofortige Beschwerde ein, weil die Pfändung mangels Zustellung der Hinterlegungsbescheinigung mit Recht betätigt worden sei. Sie wurde verworfen.

Aus den Günden: „Soweit der Kostenfestsetzungsbeschluß auf das Urteil vom 17. Juni 1905 gestützt wird, ist mit dem Einstellungsbeschluß vom 30. Juni 1905 auch dessen Vollstreckbarkeit durch Erlegung der Sicherheit gehemmt. Durch das Urteil vom 12. Juli 1905 ist hieran nichts geändert. Denn mangels eines Ausspruchs über dessen vorläufige Vollstreckbarkeit bleibt das frühere Versäumnisurteil bis zum Eintritt der Rechtskraft des anderen Urteils hinsichtlich der Vollstreckbarkeit durch die Sicherheitserlegung weiter gehemmt. Das Amtsgericht mußte deshalb zwar nicht nach § 766, aber nach §§ 775 Nr. 3, 776 ZPO. auf Vorlegung der Hinterlegungsbescheinigung den Pfändungsbeschluß wieder aufheben". (Beschluß vom 19. August 1905, Beschw.-Reg. 490/05.) N.

III.

**Zurückweisung des Zahlungsbefehlgesuchs hinsichtlich einzelner Kostenansätze. Beschwerde (§ 691 ZPO.).** Die Haushälterin J. in W. (Oesterreich) ließ durch einen dortigen Advokaten gegen den Privatier H. in M. (Bayern) einen Zahlungsbefehl auf 100 Kronen Salärrückstand beantragen; hiebei beanspruchte der Advokat

25 Kronen 94 Heller Deserviten nach Maßgabe der österreichischen Gebührennormen. Das Amtsgericht M. erließ auch den Zahlungsbefehl, berücksichtigte darin aber nur den nach der RAGO. berechneten Teilbetrag von 2 Mk. 50 Pfg. und wies wegen des Restes das Gesuch ab. Die Beschwerde wurde als unzulässig verworfen.

Aus den Gründen: Das Amtsgericht hat die Beschwerde zu Unrecht als sofortige nach § 105 ZPO. behandelt, denn ein Zahlungsbefehl enthält keine Kostenfestsetzung; hiefür mangelt es schon am Vollstreckungstitel nach § 104. Das AG. hat bei Erlassung des Zahlungsbefehls auch mit Unrecht über die Kostenhöhe entschieden; es mußte vielmehr nach § 691 das Gesuch ganz zurückweisen, wenn es die Kosten nicht nach Antrag zubilligen wollte. Die Beschwerde ist aber formell unzulässig, weil nach § 691 Abs. 3 eine Anfechtung der den Zahlungsbefehl zurückweisenden Verfügung nicht stattfindet. Dies trifft auch teilweise Zurückweisungen; jedenfalls ist die Antragstellerin durch teilweise statt völliger Abweisung nicht beschwert. Auch nach § 99 ZPO. ist die Beschwerde unzulässig, weil die Hauptsache nicht mitangefochten ist. (Beschluß vom 19. August 1905, Beschw.-Reg. 486/05.) N.

## Aus der Praxis des bayer. Verwaltungsgerichtshofs.

**Vorentscheidung bei Haftung von Beamten.** Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem Erkenntnisse vom 3. Mai 1905 (abgedruckt in Nr. 9/10 der Sammlung von Entsch. des VGH. für 1905 S. 295) ausgesprochen, daß eine Vorentscheidung nach Art. 7 des VGHG. nicht stattfindet, wenn die Gemeinde oder der Bürgermeister für den Schaden haftbar gemacht werden soll, den der Bürgermeister bei Beglaubigung einer Unterschrift auf einer Privatbürgschaftsurkunde verursacht hat. Es wurde ausgeführt, daß derartige Beglaubigungen — wenn auch vielfach üblich — nicht zum Geschäftskreise des Bürgermeisters gehören und daß daher dieser bei ihrer Vornahme weder „in Ausübung" noch in „Veranlassung der Ausübung" der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt handelt. In ähnlicher Weise entscheidet das Erkenntnis vom 12. Mai 1905 (a. a. O. S. 300) für den Fall, daß ein Bürgermeister oder dessen Stellvertreter (in der Pfalz) eine Vermögensbescheinigung zum Zwecke der Glaubhaftmachung eines Arrestantrags ausstellt. — — — n.

## Notizen.

**Aenderung des § 56 der „Dienstanweisung für die Grundbuchämter in den Landesteilen rechts des Rheins".** Wie in dieser Zeitschrift (Nr. 17 S. 376) schon angedeutet wurde, mußte das Gesetz vom 14. Juli 1905, betreffend Aenderung der GBO. (RGBl. S. 707), auch eine Aenderung der Vorschriften der bayerischen Dienstanweisung für die Grundbuchämter über die Bekanntmachung der Eintragungen in das Grundbuch zur Folge haben. Diese Aenderung ist nun durch die Bek. des Staatsministeriums der Justiz vom 2. November 1905 (JMBl. S. 829) erfolgt. Der § 56 Abs. 1 GDA. ist hierdurch im Sinne des § 55 Satz 1 (n. Fass.) GBO. dahin ergänzt worden, daß die Eintragung eines Eigentümers immer auch denjenigen Personen bekannt gemacht werden soll, für welche eine Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld, Reallast oder ein Recht an einem solchen Rechte eingetragen ist. Selbstverständlich gelten die allgemeinen Vorschriften über die Bekanntmachung der Eintragungen (§ 56 Abs. 2, 4, 5, §§ 62, 105—112 GDA.) auch für Bekanntmachung der Eintragung eines Eigentümers an den Hypotheken- rc. Gläubiger. Der bisherige Abs. 3 des § 56 GDA., der (nach seinem Schlußsatze) ohnehin nur als Provisorium bis zur reichsgesetzlichen Regelung der Frage gedacht war, ist durch die Erlassung der neuen Vorschriften gegenstandslos geworden. An seine Stelle ist infolge der Bek. vom 2. November 1905 eine Vorschrift getreten, die mit der reichsgesetzlichen Aenderung des § 55 GBO. an sich nichts zu tun hat und auch nicht unmittelbar durch diese veranlaßt ist. Es ist nämlich — und diese Vorschrift ist für Bayern vollkommen neu — durch den Abs. 3 (n. Fass.) des § 56 GDA. jetzt angeordnet, daß im Falle der freiwilligen Veräußerung eines Grundstücks mit der Bekanntmachung über die Eintragung eines neuen Eigentümers, die an eine Hypothekenbank (§ 1 des Hypothekenbankgesetzes) oder an die bayerische Landwirtschaftsbank zu ergehen hat, die Mitteilung des Preises verbunden werden soll, um den das Grundstück veräußert wurde. Es folgt dann noch nähere Anweisung für die Fälle, in denen die ziffernmäßige Angabe des Preises (wie z. B. beim Tauschvertrage) aus der über die Veräußerung errichteten Urkunde nicht immer ohne weiteres ersichtlich ist. Die Erlassung dieser Vorschrift ist, ebenso wie schon in anderen Bundesstaaten, offensichtlich im Hinblick auf die §§ 3 ff, 10—13 des Hypothekenbankgesetzes und im Interesse der wirksamen Ausübung der Staatsaufsicht hinsichtlich der Einhaltung der Wertsgrenze für die Beleihung durch die Hypothekenbanken erfolgt. Den Hypothekenbanken wird die Beibringung der für die staatlichen Kontrolorgane geforderten Nachweise und Behelfe hierdurch wesentlich erleichtert; durch den Wegfall der bisher von den Hypothekenbanken über die Frage des Verkaufspreises notwendigerweise veranlaßten Nachforschungen werden künftig nicht nur für die Banken sondern auch für die Gerichte und Notariate eine Menge überflüssigen Schreibwerks und für den Schuldner Kosten erspart. Die Mitteilung des Verkaufspreises kann übrigens der Bekanntmachung über die Eintragung des neuen Eigentümers nach der Vorschrift in der denkbar einfachsten und kürzesten Form beigefügt werden; Kosten werden für diesen Vermerk nicht angesetzt. Sollte die Bekanntmachung nach Maßgabe des § 56 Abs. 2 GDA. im einzelnen Falle dem Notariate obliegen, so gilt die Vorschrift im Abs. 3 (n. Fass.) des § 56 Abs. 2 GDA. selbstverständlich auch für die Notariate. Da die Vorschrift hierin einen ausdrücklichen Unterschied nicht macht, hat die Mitteilung des Verkaufspreises nicht nur an die bayerischen Hypothekenbanken, sondern gegebenenfalls an alle Hypothekenbanken zu erfolgen, die innerhalb des Deutschen Reiches ihren Sitz haben und innerhalb Bayerns (vgl. § 13 Abs. 2, § 15 Abs. 2 HypBankG.) Beleihungen vornehmen dürfen. — — — — — —l.— — — —

**Bekanntmachung vom 2. November 1905,** die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen betreffend. Im Hinblick auf Art. 2 AG. zur GBO. und zum ZwVG. wird vorgeschrieben, daß bei der Zwangsversteigerung eines Grundstücks, das mit einem Gebäude versehen ist, die Terminsbestimmung dem Kaminkehrer mitgeteilt werden soll, in dessen Kehrbezirke das Grundstück liegt (vgl. § 6 der Bek. vom 31. März 1905, JMBl. S. 587). —n.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, II. Staatsanwalt im K. Staatsministerium der Justiz.

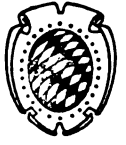
Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

Nr. 1. München, den 1. Januar 1905. 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum, Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.

## Inhalt:



# Zur Einführung.

Die **Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern** soll der bayerischen Juristenwelt eine fortlaufende Uebersicht über die praktische und wissenschaftliche Gestaltung des Reichsrechts und Landesrechts bieten. Sie soll keineswegs eine kurzsichtige und engherzige Absonderung des bayerischen Rechtsgebiets befördern: sie hat sich vielmehr als Ziel nicht nur die Durchforschung und Bearbeitung des landesrechtlicher Regelung unterworfenen Rechtsstoffs sondern auch eine rege Mitarbeit an der Ausgestaltung unseres neuen Reichsrechts gesetzt. Der Zusammenhang mit dem größeren Ganzen soll sowohl durch die Wahl der zu behandelnden Fragen, als auch dadurch gewahrt werden, daß neben den bayerischen Juristen Praktiker und Rechtsgelehrte anderer deutscher Staaten zu Worte kommen.

Die Zeitschrift wird in erster Linie das bürgerliche Recht und den Zivilprozeß, das Strafrecht und den Strafprozeß sowie das Gebiet der Justizverwaltung, mithin alle Gegenstände behandeln, die in der Praxis der Gerichte, der Staatsanwaltschaften und Justizverwaltungsstellen auftreten. Wenn auch die Gebiete des Finanzwesens und der inneren Verwaltung nicht unmittelbar für eine der Rechtspflege gewidmete Zeitschrift in Betracht kommen, so soll doch nicht übersehen werden, daß mancherlei Berührungspunkte vorhanden sind. Die Mitarbeit hervorragender Verwaltungs- und Finanzbeamter wird dafür sorgen, daß die Fühlung nicht verloren geht.

Die Verbindung streng wissenschaftlicher Abhandlungen mit kürzeren Mitteilungen aus der Praxis und die Wiedergabe bedeutsamer Erkenntnisse der bayerischen Gerichtshöfe und des Reichsgerichts wird dem Leser in abwechslungsreichen Formen ein vollständiges Bild des heutigen Rechtslebens bieten.

Es steht zu hoffen, daß die neue Zeitschrift die bayerischen Juristen — ältere und jüngere — ermuntern wird, sich noch eifriger als bisher schriftstellerisch zu betätigen. Es ist uns gelungen, zahlreiche zum Teil schon bewährte, zum Teil neue Kräfte heranzuziehen.

Die ersten Nummern werden in besonders starker Seitenzahl erscheinen, weil sie ausreichende Gelegenheit geben sollen, die Ziele der neuen Zeitschrift und die Art und Weise kennen zu lernen, in der ihre Aufgaben gelöst werden

Der Herausgeber:
**Th. von der Pfordten,**
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Der Verlag:
**J. Schweitzer Verlag**
(Arthur Sellier.)



Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses in Halle a. S.

# Das bürgerliche Recht
## des Deutschen Reichs und Preußens

von **Dr. Heinrich Dernburg,**

Geheimem Justizrat, Professor an der Universität Berlin, Mitglied des Herrenhauses.

**Erster Band:** Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts. Zweite Auflage.
ℳ 10,60, in Halbfranzband ℳ 12,60.

**Zweiter Band:** Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens.
**Erste Abteilung.** Allgemeine Lehren. Dritte Auflage.
**Neu!** ℳ 8,40, in Halbfranzband ℳ 10,40.
**Zweite Abteilung.** Einzelne Obligationen. Zweite Auflage. ℳ 12,—, in Halbfranzband ℳ 14,—.
Erste und zweite Abteilung in einem Halbfranzband ℳ 22,65.

**Dritter Band:** Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preußens. Dritte, neubearbeitete Auflage.
**Neu!** ℳ 16,—, in Halbfranzband ℳ 18,—.

**Vierter Band:** Deutsches Familienrecht. Zweite Auflage. ℳ 10,—, in Halbfranzband ℳ 12,—.

**Fünfter Band:** Deutsches Erbrecht
**Neu!** ℳ 12,—, in Halbfranzband ℳ 14,—.

**Sechster Band:** Die Lehre von der Rechtsverwirklichung, das Urheberrecht, sowie das Generalregister zu Band 1—6 erscheint im Laufe des Jahres 1905).

**Erster Ergänzungsband:** Bayerisches Landesprivatrecht von Professor Dr. P. Oertmann in Erlangen.
ℳ 13,—, in Halbfranzband ℳ 15,—.

**Zweiter Ergänzungsband:** Elsaß-Lothringisches Landesprivatrecht von Professor Dr. W. Kisch in Straßburg i. E.
**Neu!** ℳ 24,—, in Halbfranzband ℳ 27,—.

**Dritter Ergänzungsband:** Sächsisches Landesprivatrecht von Amtsrichter Dr. R. Kloß.
**Neu!** ℳ 7,60, in Halbfranzband ℳ 9,60.

**Vierter Ergänzungsband:** Badisches Landesprivatrecht von Landgerichtspräsident Dr. E. Dorner in Karlsruhe und Professor Dr. A. Seng in Heidelberg (erscheint etwa im Herbst 1905).

**Fünfter Ergänzungsband:** Mecklenburgisches Landesprivatrecht von Konsistorialdirektor Wirkl. Geh. Legationsrat Dr. G. von Buchka in Rostock (erscheint etwa Ende 1905).

**Sechster Ergänzungsband:** Hessisches Landesprivatrecht (erscheint etwa 1907).

---

**Daude,** Dr. P., Geh. Regierungs-Rat und Universitätsrichter und **Wolff,** Dr. M., Professor an der Universität Berlin, **Die Ordnung des Rechtsstudiums** und der ersten juristischen Prüfung in den deutschen Bundesstaaten ℳ 4,40, geb. ℳ 5,—.

**zu Dohna,** Graf Dr. A., Privatdozent, **Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen.** Ein Beitrag zur allgemeinen Strafrechtslehre.
**Neu!** ℳ 3,—.

**Fleischmann,** Dr. M., Privatdozent, **Völkerrechtsquellen** in Auswahl herausgegeben. Unter der Presse.
etwa ℳ 4,—, geb. etwa ℳ 5,—.

**Kähler,** Dr. O., Syndikus, **Die Entschädigung für Strafe und Untersuchungshaft** für den praktischen Gebrauch dargestellt.
**Neu!** ℳ 1,80.

**Kisch,** Dr. W., Professor in Straßburg i. E., **Elsaß-Lothringisches Landesprivatrecht.** **Neu!** ℳ 24,—, geb. ℳ 27,—

**Kloß,** Dr. R., Amtsrichter in Eibenstock, **Sächsisches Landesprivatrecht.** **Neu!** ℳ 7,60, geb. ℳ 9,60.

**Krahmer,** Dr. H., Gerichtsassessor und Privatdozent, **Gegenseitige Verträge.** Studien zur Systematik des Reichsrechts.
**Neu!** ℳ 3,60.

**Ortloff,** Dr. H., Landgerichtsrat, **Invaliden- und Altersversicherung** in vorübergehenden Beschäftigungen. ℳ 1,—.
— — **Das Studium der Rechts- und Staatswissenschaft.** ℳ 1,50.

**Oertmann,** Dr. P., Professor der Rechte in Erlangen, **Bayerisches Landesprivatrecht.** ℳ 13,—, geb. ℳ 15,—

**Rintelen,** Dr. V., Geheimer Ober-Justizrat, **Das Konkursrecht nebst Anhang betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens.** Systematischer Kommentar. Zweite umgearbeitete Auflage.
ℳ 9,—, geb. ℳ 10,—.

**Schmoller,** Dr. Gustav, Professor an der Universität Berlin. **Zur Geschichte der deutschen Kleingewerbe im 19. Jahrhundert.** Statistische und nationalökonomische Untersuchungen. ℳ 6,—.

**Seng,** Dr. A., Professor an der Universität Heidelberg, **Grundzüge des französischen Zivilrechts und des badischen Landrechts.**
ℳ 3,—.

**Stammler,** Dr. Rud., Professor an der Universität Halle, **Privilegien und Vorrechte.** Rektoratsrede. ℳ 1,—.

**Stuyeland,** Dr. E., Professor, **Schutz- und Trutzwaffen gegen Konsumvereine und Warenhäuser.** **Neu!** ℳ 2,40, geb. ℳ 3,—.

**Kohler,** Dr. J., Professor der Rechte in Berlin, **Die Carolina und ihre Vorgängerinnen.** Text, Erläuterung, Geschichte. In Verbindung mit anderen Gelehrten herausgegeben und bearbeitet.

I. Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. Constitutio criminalis Carolina. Kritisch herausgegeben von J. Kohler und Willy Scheel. Mit 8 Abbildungen. ℳ 6,—.
Ausgabe für Studierende. ℳ 1,50

II. Die Bambergische Halsgerichtsordnung, Constitutio criminalis Bambergensis, unter Heranziehung der revidierten Fassung von 1580 sowie der brandenburgischen Halsgerichtsordnung zusammen mit dem sogenannten Correctorium, einer romanistischen Glosse und einer Probe der niederdeutschen Übersetzung. Kritisch herausgegeben von J. Kohler und Willy Scheel. Mit 22 Abbildungen. ℳ 10,—.

III. Die Bambergische Halsgerichtsordnung in niederdeutscher Übersetzung Hermann Barkhusens 1510 zusammen mit einer Auswahl der strafrechtlichen Artikel des Lübischen Rechts. Herausgegeben von J. Kohler und Willy Scheel. ℳ 3,80.

**Beier,** Adolf, **Die höheren Schulen in Preußen und ihre Lehrer.** Sammlung der wichtigsten, hierauf bezüglichen Gesetze, Verordnungen, Verfügungen und Erlasse nach amtlichen Quellen. Zweite, bedeutend vermehrte Auflage. ℳ 8,—, geb. ℳ 9,—.
— — 1. Ergänzungsheft (April 1902 bis Januar 1904).
ℳ 1,50, geb. ℳ 2,—.

**Bestimmungen für die Technischen Hochschulen in Deutschland.** Aufnahme-Bedingungen, Diplomprüfungs-Ordnungen, Promotions-Ordnungen und Preisbewerbungen, Stipendien usw., ergänzt durch einige Ministerial-Erlasse.
**Neu!** ℳ 2,40 broch. ℳ 2,80.

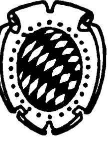


Nr. 2. München, den 15. Januar 1905. 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
**Th. von der Pfordten**
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
**J. Schweitzer Verlag**
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum, Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.

## Inhalt:



## An die Leser!

Der Leserkreis der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern hat schon sofort nach dem Erscheinen der ersten Nummer einen größeren Umfang angenommen, als wir erwarten zu können glaubten. Auch sind uns aus den Kreisen bayerischer und außerbayerischer Juristen zahlreiche Kundgebungen zugekommen, die einer Befriedigung über das Unternehmen Ausdruck gaben. Wir sehen sonach in erfreulicher Weise unsere Annahme bestätigt, daß die neue Zeitschrift einem wirklichen Bedürfnisse entgegenkomme.

Dieser erste Erfolg ist vor allem auf die Mitarbeit bewährter Kräfte zurückzuführen, die uns reichlichen und gediegenen Stoff zur Verfügung gestellt haben, wofür ihnen hiemit der herzlichste Dank ausgesprochen werden soll. Aber auch für das Vertrauen, das uns von den Rechtsbeflissenen aller Grade und Stellungen entgegengebracht wurde, haben wir zu danken.

Die Rubrik „Mitteilungen aus der Praxis“ hat allenthalben besondere Anerkennung gefunden. Wir fordern unsere Leser auf, sich an ihrer Ausgestaltung recht lebhaft durch Einsendungen zu beteiligen. Die praktischen Erfahrungen und Erlebnisse des Einzelnen werden dann in weiteren Kreisen nutzbringend verwendet werden können.

Um Mißverständnisse hintanzuhalten, bemerken wir neuerlich, daß wir die ersten Nummern mit besonders starker Seitenzahl ausgestattet haben, um den Lesern die Ziele der neuen Zeitschrift und die Art ihrer Einrichtung recht deutlich vor die Augen zu führen.

Der Herausgeber:
**Th. von der Pfordten,**
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Der Verlag:
**J. Schweitzer Verlag**
(Arthur Sellier.)

**Die nächsten Nummern werden u. a. folgende Abhandlungen enthalten:**

**Kuhlenbeck, Dr. L.,** Univ.-Professor in Lausanne. Der Selbstmord im Strafrecht und im bürgerlichen Recht.

**Eger, Dr. Gg.,** Regierungsrat in Berlin. Fund in den Räumen oder Wagen der Eisenbahn.

**Mayer, Ph. O.,** Oberkriegsgerichtsrat in Würzburg. Die Notwehr und die Zusammenrottung im Militärstrafrecht.

**Sauer, K.,** Landgerichtsrat in Würzburg. Ueber Dorftestamente.

**Haberstumpf, Dr. A.,** II. Staatsanwalt in München. Bemerkungen zum Gesetze betr. die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft.

**Schürmer, Dr. A.,** Oberamtsrichter in München. Die nicht valutierte Hypothek d. bayer. Rechts und ihre Umwandlung nach der Anlegung des Grundbuchs.

**Steiner, A.,** Amtsrichter in München. Verhältnis der Miet- und Pachtzinspfändung zur Immobiliarvollstreckung.

**Josef, Dr. E.,** Rechtsanwalt in Freiburg. Die unrichtige Uebermittlung einer Willenserklärung durch die Mittelsperson.

**Stelzer, J.,** Rentamtmann in Schongau. Das Miterbenverhältnis, die ehel. Gütergemeinschaft und das bayer. Gebührengesetz.

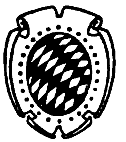
Nr. 3. München, den 1. Februar 1905. 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).



Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum, Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.

## Inhalt:

# Gedächtnis.

Ein gutes Gedächtnis ist von unschätzbarem Werte. Ohne Gedächtnis kann es kein Wissen und keinen Fortschritt geben. Nur derjenige, welcher nicht nur umfangreiche Kenntnisse aufgestapelt, sondern sie infolge eines ausgezeichneten Erinnerungsvermögens auch jederzeit zur Hand hat und sie verwerten kann, wird im Leben große Erfolge erzielen, sei er nun Staatsmann, Feldherr, Kaufmann, Gelehrter oder irgend einem anderen Stande angehörig. Ein gutes Gedächtnis ist die unerläßliche Vorbedingung zum erfolgreichen Bestehen von Prüfungen: denn dort muß das Wissen augenblicklich zur Verfügung stehen. Ein gutes Gedächtnis erspart uns viel Aerger und Aufregung, es verleiht Sicherheit und wirkt dadurch beruhigend auf die Nerven. Die Pflege des Gedächtnisses ist deshalb in jeder Hinsicht außerordentlich nutzbringend. Das Gedächtnis kann wie jede andere menschliche Fähigkeit durch sachgemäße Uebungen bedeutend entwickelt und gestärkt werden, gerade so wie es durch verkehrtes Vorgehen verschlechtert werden kann. Und eben so wenig, wie man durch das Lesen einer Abhandlung über Turnen oder Schießen ein gewandter Turner oder Schütze werden kann, kann man durch das Lesen einer Abhandlung sich ein gutes Gedächtnis aneignen. In beiden Fällen ist die praktische Anleitung eines erfahrenen Lehrers der kürzeste und sicherste Weg zum Erfolg. Wer sein Gedächtnis verbessern will, mache deshalb einen regelrechten Kurs in der auf der ganzen Welt bekannten und seit vielen Jahren von Tausenden von Schülern jeden Alters und jeden Standes erprobten Poehlmannschen Gedächtnislehre durch. Sie ist keine theoretische Abhandlung, sondern gibt Ihnen praktische Uebungen an die Hand, um Sie von Zerstreutheit zu heilen und Ihre natürlichen Fähigkeiten zu entwickeln. Nahe an zweihundert Tagesblätter und Zeitschriften aller fünf Weltteile haben diese Lehre günstig rezensiert und warm empfohlen.

Prospekt mit zahlreichen Zeugnissen und Rezensionen erhalten Sie auf Anfragen gratis von **L. Poehlmann**, Mozartstr. 9, **München C 171.**

Die **„Tägliche Rundschau“**, Berlin, in einer mehr als eine volle Seite füllenden Abhandlung in Nr. 116 vom 10. 3. 03: „. . . Soviel wir übersehen können, hat den psychologisch und physiologisch richtigen Weg eigentlich nur Poehlmann beschritten. . . . Das besondere Verdienst Poehlmanns ist es, daß er die Vorbedingungen richtig erkannt hat, die bei den meisten Menschen das schlechte Gedächtnis verursachen, und daß er bei seinem Verfahren nicht bloß die Vorbedingungen beseitigen, sondern alle Geistesfähigkeiten des Menschen durch Uebungen heben und verschärfen will. . . .“

Feuilleton der **„Königsberger Hartungschen Zeitung“**, 11. 3. 04: „. . . Das Poehlmannsche System wird berufen sein, in unserer offiziellen und privaten Erziehung eine Rolle zu spielen, von der sich die Mehrzahl heute noch nichts träumen läßt . . . .“

---

# Das Bürgerliche Recht

des Deutschen Reiches nach Grundsätzen von

## Poehlmann's Gedächtnislehre

gemeinverständlich erläutert von Dr. jur. Karl Otto. Der Text dieses Handbuches ist in vier verschiedenen Farben gedruckt (ein ganz neues Verfahren), wodurch es an Uebersichtlichkeit alles bisher Dagewesene bei weitem übertrifft. Ein Blick genügt, um zu sehen wovon die ganze Seite handelt, daher beim Nachschlagen große Ersparnis an Zeit und Sehkraft. Das Handbuch eignet sich besonders für Richter und Rechtsanwälte als Nachschlagebuch, für Studierende als Repetitorium. Es erscheint in 5 Lieferungen von je 5—8 Bogen (alle 3 Monate eine Lieferung). I. Lieferung (Preis 2 Mk. 50). II. Lief. (einschl. 6 Güterrechtstabellen) 3 Mk. 80. III. Lief. erscheint Ende Januar. Falls Sie erst Prospekt mit Probeseite wünschen, verlangen Sie ausdrücklich Prospekt über Handbuch des Bürgerlichen Rechts, um Verwechslung mit Gedächtnislehre vorzubeugen von **L. Poehlmann**, Mozartstr. 9, **München C 171.**

Die **„Münchener Neuesten Nachrichten“** schreiben darüber unterm 6. Okt. 1904: „. . . . Die verblüffende Eigenart der Anlage des Buches führt auf den Systematiker der Gedächtnislehre, die einfache, verständliche Sprache auf den Laien. Dem Juristen blieb die allem Anschein nach gut gelöste Aufgabe richtiger und lückenloser Wiedergabe der Rechtssätze bei dem Werke, das einen merkwürdig rasch anheimelt. Man schlägt vielleicht sein eigenes, schon abgegriffenes Gesetzbuch nach, das zum Studium des Gesetzbuchs vor fünf Jahren gedient hat. Und siehe da! Man ist erstaunt! Ein im Vergleich zu der hier vorliegenden Poehlmannschen Lösung gar unbeholfener Versuch, die ins Gedächtnis für Berufsdauer aufzunehmenden Sätze des Gesetzbuchs dem Auge sofort auffällig zu bieten, tritt aus der abgegriffenen Handausgabe entgegen. Mit Unterstreichungen hat man sich selber seinerzeit auf unbewußt richtiger Fährte abgemüht, aber nie das erreicht, was hier in Vollendung von Poehlmann erreicht vorliegt. Welche Erleichterung des Studiums für einen jungen Juristen auf der Universität! Welche rasche Orientierungsmöglichkeit für den Praktiker, Juristen und Laien! . . . .“

**„Tägliche Rundschau“**, 2. 10. 1904: „. . . . das Poehlmannsche Buch ermöglicht es jedermann, sich mit dem Geiste und den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches in bequemer Weise bekannt zu machen. Wegen der großen Uebersichtlichkeit wird dieses Handbuch jedoch auch ein willkommenes Leitbuch für den Studenten sein, da die ganze Ausstattung, die Hervorhebung der Leitsätze durch den roten Druck, der Ausnahmen durch blauen Druck, es zu einem Gedächtnishilfsblatt macht, das die Einprägung erleichtert und vor allen Dingen jederzeit ohne große Mühe eine Wiederholung gestattet. . . . .“

# Stellen-Anzeigen.

## Rechtskonzipient

er Rechtsanwalt, gewandter und selbständiger Arbeiter, rd unter günstigen Bedingungen zum Eintritte in größ. ünchener Anwaltskanzlei **gesucht**. Off. unt. H. 38. bef. d. Exp.

## Schöne amtsgerichtliche Praxis

ist zu übernehmen. Briefe unter L. F. 39 beförd. die Expedition.

**echtspraktikant,** mit gutem Konkurs-Zweier, Dr. jur., **sucht** Stellung auf nchener Anwalts-Kanzlei. Eintritt beliebig. Offerten ter B. 30 befördert die Expedition.

**echtspraktikant** (Staatskonkurs 1904) **sucht** in München **Konzipienten**-le ab 1. Februar oder März. Off. H. F. 28 bef. d. Exp.

**echtspraktikant** (Staatskonkurs 1904), Dr. iur. (summa cum), ht bis zum Bekanntwerden der Noten halbtägige Be-äftigung in Münchener Kanzlei. Mitteilungen an die Exp. eten. Kennwort: „Justiz 36“.



**Gepr. Rechtspraktikant sucht Stellung als Konzipient** in Anwaltskanzlei. Honorar nach Vereinbarung. Offerten unter E. S. 37 beförd. die Exp.

**Rechtspraktikant** (ungepr.) **sucht** ab Mitte Februar in **München** Verwendung in Anwaltskanzlei. Offerten unter R. S. 4 beförd. die Exped.

**Rechtspraktikant** (Konkurs 1904) **sucht** sofort oder für später eine Konzipientenstelle in einer Münchener Anwaltskanzlei. Offerten unter N. 32 beförd. die Exp.

**Rechtspraktikant** (ungepr.) **sucht** ab sofort für halben Tag Verwendung in Münchener Anwaltskanzlei. Off. unt. S. 33 bef. die Exp.

**Rechtspraktikant** (Staatskonkurs 1904) **sucht** gegen mäßiges Honorar Beschäftigung in einer Anwaltskanzlei. Offert. unt. Z.R.T. 34 beförd. die Exped.

**Rechtsanwalt** (Staatskonkurs 1903) mit gutem Zweier, bisher mit bestem Erfolge in großer Münchener Kanzlei tätig gewesen, in ungekündigter Stellung, **sucht** Konzipientenstelle. Offerten unter J. 35 bef. die Exped.

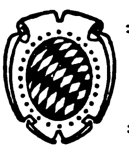
**Notariat!** Junger tüchtiger Anwaltsbuchhalter, militärfrei, stenographiekundig, kautionsfähig, mit prima Referenzen und besten Zeugnissen, in noch ungekündigter Stellung (kurze Kündigungsfrist), **sucht Stelle als Anfangsgehilfe in einem Notariate.** Es wird um Adreßangabe gebeten, worauf Offerte eingereicht wird. Chiffre T. 26.

Nr. 4. München, den 15. Februar 1905. 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 80 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.

## Inhalt:

## Stellen-Anzeigen.

**Rechtskonzipient,** tüchtige Kraft, gegen gutes Honorar in eine größere Anwaltskanzlei Niederbayerns (Landgericht) gesucht. Offerten unter L. 46 bef. die Exp.

**Anwalt** (Staatskonkurs 1903, mit sehr guter Note), seither Konzipient in großer Münchener Kanzlei, wünscht sich mit einem Kollegen in München gemeinsam niederzulassen; würde ev. auch gute Konzipientenstelle mit Aussicht auf spätere Beteiligung annehmen. Briefe erbeten unter M. F. 6432 an Rudolf Mosse, München. 45

**Rechtspraktikant** (Staatskonkurs 1904) sucht gegen mäßiges Honorar Beschäftigung in einer Anwaltskanzlei. Offert. unt. Z.R.T. 34 beförd. die Exp.

**Rechtspraktikant** (Staatskonkurs 1904) sucht ab 15. Februar oder 1. März 1905 bei bescheidenes Honorar in einer Stadt des rechtsrheinischen Bayern, am liebsten in München, Anwalts-Konzipienten-Offerten unter L. 41 bef. die Exp.

**Gepr. Rechtspraktikant** sucht Stellung als Konzipient in Anwaltskanzlei. Honorar nach Vereinbarung. Offerten unter E. S. 37 beförd. die Exp.

**Rechtspraktikant** (Konkurs 1904) sucht sofort oder für später eine Konzipientenstelle in einer Münchener Anwaltskanzlei. Offerten unter N. 32 beförd. die Exp.

**Rechtspraktikant,** bereits ein Jahr in Münchener Anwaltskanzlei tätig und selbständig in der Führung einer Kanzlei, sucht sofort oder später in München oder auswärts geeignete Stelle und übernimmt auch für die Sommermonate anwaltschaftliche Vertretung. Off. unt. S. G. 44 bef. die Exp.

**Notariat!** Junger tüchtiger Anwaltsbuchhalter, militärfrei, stenographiekundig, kautionsfähig, mit prima Referenzen und besten Zeugnissen, in noch ungekündigter Stellung (kurze Kündigungsfrist), sucht Stelle als Anfangsgehilfe in einem Notariate. Es wird um Adreßangabe gebeten, worauf Offerte eingereicht wird. Chiffre T. 26.

---

Die verehrlichen Leser werden freundlichst ersucht, bei Bezügen sich auf die in dieser Zeitschrift gelesene Anzeige zu berufen.

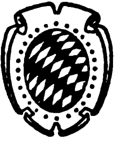
Nr. 5. München, den 1. März 1905. 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
**Th. von der Pfordten**
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer.
Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
**J. Schweitzer Verlag**
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).



Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum, Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.

Inhalt:

# Stellen-Anzeigen.

**Rechtspraktikant** (gepr., Staatskonkurs 1904), gewandter Redner, sucht sofort Stellung in einer Münchener Anwaltskanzlei. Off. unt. Z. 47 bef. d. Exp.

**Rechtspraktikant** (Staatskonkurs 1904) sucht ab 15. Februar oder 1. März 1905 gegen bescheidenes Honorar in einer Stadt des rechtsrheinischen Bayern, am liebsten in München, **Anwalts-Konzipientenstelle.** Offerten unter L. 41 bef. die Exp.

**Rechtspraktikant,** bereits ein Jahr in Münchener Anwaltskanzlei tätig und selbständig in der Führung einer Kanzlei, **sucht** sofort oder später in München oder auswärts geeignete Stelle und übernimmt auch für die Sommermonate anwaltschaftliche Vertretung. Off. unt. S. G. 44 bef. die Exp.

**Rechtspraktikant** (Konkurs 1904) **sucht** sofort oder für später eine Konzipientenstelle in einer Münchener Anwaltskanzlei. Offerten unter N. 32 beförd. die Exp.

Alle Stellenanzeigen, sowohl Angebote wie Gesuche, finden hier zum ermäßigten Zeilenpreise von 20 Pfg. Aufnahme. Die obenstehenden Anzeigen kosten beispielsweise nur 80 Pfg. bis Mk. 1.20 je nach Zeilenzahl Die Benützung der Rubrik ist

**zweckmäßig, erfolgreich und billig.**

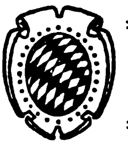
Gefl. Aufträge sind bis spätestens 5 Tage vor dem 1. und 15. des Monats einzusenden.

Nr. 6. München, den 15. März 1905. 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von Th. von der Pfordten K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München, Karlsplatz 29.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich M. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum, Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.

Inhalt:



## An die Leser!

Nach der Bekanntmachung des Staatsministeriums der Justiz vom 6. März 1905 (JMBl. S. 562) ist das Grundbuch am 1. Mai 1905 für die Bezirke des Oberlandesgerichts München und der Landgerichte Amberg, Regensburg und Weiden als angelegt anzusehen. Damit ist für einen sehr großen Teil Bayerns das Inkrafttreten des neuen Grundbuchrechts und des Reichsgesetzes über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung in greifbare Nähe gerückt. Es wird für die nächsten Monate die vornehmste Aufgabe der bayerischen Richter, Notare und Rechtsanwälte sein, sich mit den einschneidenden Aenderungen vertraut zu machen, die unserem Rechtsleben nunmehr bevorstehen. Die „Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern" wird es sich angelegen sein lassen, ihre Leser bei der Einarbeitung in das neue Grundstücksrecht möglichst zu unterstützen. Sie wird der Behandlung der einschlägigen Vorschriften aus dem BGB. und den Nebengesetzen besondere Aufmerksamkeit schenken.

Wir bitten unsere Leser, diese Absicht durch Einsendung von Abhandlungen oder Mitteilungen, die das fragliche Gebiet betreffen, tunlichst zu fördern.

Der Herausgeber: **Th. von der Pfordten,** II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

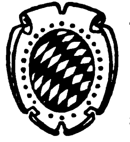
Der Verlag: **J. Schweitzer Verlag** (Arthur Sellier.)

.6. München, den 15. März 1905. 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum, Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.

Inhalt:



## An die Leser!

Nach der Bekanntmachung des Staatsministeriums der Justiz vom 6. März 1905 (JMBl. S. 562) ist das Grundbuch am 1. Mai 1905 für die Bezirke des Oberlandesgerichts München und der Landgerichte Amberg, Regensburg und Weiden als angelegt anzusehen. Damit ist für einen sehr großen Teil Bayerns das Inkrafttreten des neuen Grundbuchrechts und des Reichsgesetzes über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung in greifbare Nähe gerückt. Es wird für die nächsten Monate die vornehmste Aufgabe der bayerischen Richter, Notare und Rechtsanwälte sein, sich mit den einschneidenden Aenderungen vertraut zu machen, die unserem Rechtsleben nunmehr bevorstehen. Die „Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern" wird es sich angelegen sein lassen, ihre Leser bei der Einarbeitung in das neue Grundstücksrecht möglichst zu unterstützen. Sie wird der Behandlung der einschlägigen Vorschriften aus dem BGB. und den Nebengesetzen besondere Aufmerksamkeit schenken.

Wir bitten unsere Leser, diese Absicht durch Einsendung von Abhandlungen oder Mitteilungen, die das fragliche Gebiet betreffen, tunlichst zu fördern.

Der Herausgeber:
**Th. von der Pfordten,**
II. Staatsanwalt
im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Der Verlag:
**J. Schweitzer Verlag**
(Arthur Sellier.)

## J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München

In Vorbereitung und Druck befinden sich und werden sobald wie möglich erscheinen als

# Ausgaben für Bayern

die Kommentare

**Meikel, Gg.**, Kgl. II. Staatsanwalt in München

## Grundbuchordnung

für das Deutsche Reich

gr. 8°. ca. 30 Bogen. Preis etwa Mk. 10.—.

**Steiner, A.**, Kgl. Amtsrichter in München

## Zwangsversteigerung u. Zwangsverwaltung

nebst Einführungsgesetz

gr. 8°. ca. 20 Bogen. Preis etwa Mk. 7.—.

Innerhalb der im EG. zum BGB. und ZPO., sowie in der RGBO. gemachten Vorbehalte für die Landesgesetzgebung ist auch in Bayern auf dem Gebiete des Grundbuchwesens und der Immobiliarvollstreckung eine Reihe teils abweichender, teils ergänzender Vorschriften erlassen worden. Für eine Sonderbearbeitung der diesbezüglichen Reichsgesetze und der in Bayern hiezu ergangenen Ausführungsbestimmungen, ähnlich den die preußischen Vorschriften im Anschluß an das Reichsrecht zusammenhängend behandelnden Kommentaren, besteht in der bayerischen Praxis zweifellos ein Bedürfnis; es werden ihr darum diese beiden Werke, die eine gleichzeitige Verarbeitung des reichs- und landesrechtlichen Stoffes unter Verwertung besonders der landesrechtlichen Materialien bringen, willkommen sein.

---

Nur im Selbstverlag des Verfassers, **München, Petersplatz 8 II**, zu beziehen: 49

## Die Commun-Mauer

nach dem jetzt in Bayern geltenden Recht für die Zwecke der Praktiker dargestellt von

Justizrat **A. Pfirstinger**, k. b. Notar.

Preis 1 Mk. Bei Einsendung von 1.10 Mk. portofreie Zustellung (Nicht identisch mit den Artikeln i. d. Bl. f. RA. 1902.)

---

In unserem Verlage ist erschienen:

## Die Kraftloserklärung abhanden gekommener oder vernichteter Urkunden

im Aufgebotsverfahren nach Reichsrecht und bayerischem Landesrecht von

**Dr. Karl Adelmann,**

Amtsrichter am Kgl. Amtsgerichte München I.

Mit 2 Tabellen. gr. 8°. (XII u. 132 S.) Preis gebd. ℳ 3.50.

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München

---

Die soeben erschienene:

## Dienstanweisung für die Grundbuchämter

in den Landesteilen r. d. Rheins

auf Schreibpapier mit breitem Rande gedruckte Sonderausgabe in Leinwandband mit der K. Verordnung vom 25. Februar 1905 und der Bekanntmachung des K. Staatsministeriums der Finanzen vom 23. Februar 1905 und einer systematischen Inhaltsübersicht und einem alphabetischen Register zur Dienstanweisung — die Musterbeispiele sind lose eingelegt — liefert zum Preise von

Mk. 4.50 portofrei

**J. Schweitzer Sortiment**

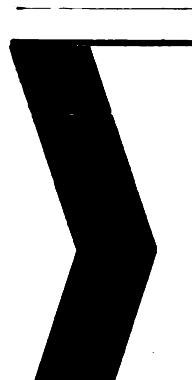
(Arthur Sellier)

Buchhandlung, Antiquariat u. Leihinstitut für Rechts- und Staatswissenschaften

München * Karlsplatz 29.



# Stellen-Anzeigen.

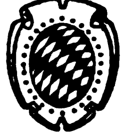


Nr. 8. München, den 15. April 1905. 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum, Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.

## Inhalt:







**Jedem bayerischen Juristen unentbehrlich ist das Werk:**

**Gottfried Schmitt,** Oberregierungsrat im k. b. Staatsministerium der Justiz,

# Bayerische Justizgesetze

## Sammlung

**der in den Jahren 1818—1904 erlassenen Landesgesetze für die Rechtspflege**

nach dem Stande vom Ende des Jahres 1904.

Gr. 8°. VIII und 1464 Seiten. 1905. Elegant in Halbfranz gebunden Mk. 18.—.

**Literar. Mitteilungen der Annalen des Deutschen Reichs, 1905, Nr. 1:**

Die Sammlung stellt alle in den Jahren 1818—1904 erlassenen, die Rechtspflege im weitesten Sinne betreffenden bayerischen Gesetze in ihrer gegenwärtigen Gestalt zusammen. Sie gibt aber zugleich zuverlässige Auskunft über Erlassung, Abänderung und Außerkrafttreten aller seit 1818 ergangenen, heute nicht mehr geltenden Gesetze. In dieser sorgfältigen Rechenschaft über den gesamten Gang der bisherigen bayerischen Landesgesetzgebung liegt eine überaus wertvolle, mühsame Arbeit, die nur einem gründlichen Kenner des bayerischen Rechts gelingen konnte. Ein ausführliches Gesamtregister erleichtert den Gebrauch. **Der Praxis und Theorie des bayerischen Rechtes wird das Werk fortab unentbehrlich sein.**

**J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München**

---

## Achtung!

**Ueber 100 % Ersparnis** erzielt man bei Gebrauch von **Dr. Pitschke's Tintenpulver,** sof. wasserl. u. gebrauchsfertig (Spezialität eigener Erz., gesetzl. geschützt). Ergibt eine **erstklassige, unabwaschbare, nie bleichende Schreibtinte** u. wird mit Vorliebe von Beamten, Behörden, Schulen, Privaten usw. benutzt Zu haben in Originalpaketen für 1 **Liter Tinte** à 60 ₰, **Reichs-Kanzleitinte,** extrafein, à 80 ₰, durch **Dr. Pitschke's Chem. Laborat., Bonn** (Porto für 1—4 St. 10 ₰). Zahlreiche lobende Anerkennungen aus allen Kreisen werden beigegeben.

---

## Vollständige Serien

aller

# Bayer. Amtsblätter

**auch einzelne Jahrgänge** liefert schnell und billig

**J. Schweitzer Sortiment**
(Arthur Sellier)

**München**
Karlspl. 29.

**Buchhandlung, Antiquariat und Leihinstitut für Rechts- und Staatswissenschaften.**

---



„Association Berliner Schneider"

**Friedrich Modler & Co.,** BERLIN SW., Johanniterstr. 16.

Spezialität: **Amtstrachten für Professoren und Justizbeamte.**

**Robe und Barett:**

Für Richter und Rechtsanwälte von 25—45 Mk.
Für Gerichtsschreiber . . . . . 25—35 „
Einzelne Baretts von 5—6 Mk. bei fr. Zusendung.
Ganze Grösse, Brustweite und Kopfweite.

---

## Zitiermethode



### Vorschläge des Deutschen Juristentags

für die Art der Anführung von **Rechtsquellen, Entscheidungen und wissenschaftlichen Werken.** Beschlossen v. d. 27. Deutschen Juristentag am 13. September 1904. 8°. 48 Seiten. **Preis 40 Pfg.** Zu beziehen durch:

**München**
Karlspl. 29

**J. Schweitzer Sortiment (Arthur Sellier)**

Buchhandlung, Antiquariat u. Leihinstitut für Rechts- und Staatswissenschaften.

---

## Unsere Netz-Unterkleidung



hat alle andern Systeme überdauert, weil sie vermöge ihrer Lufthaltigkeit die **Hautnerven stärkt** und den Träger vor **Rheumatismus** und ähnlichen Krankh. schützt. Ausserdem empfehlen wir unsere gleichf. luftdurchläss. Unterkleid. i. Zellenstoff u. Kettenkrepp, sowie als Neuheit Dr. Walser's Chinagras- und 2 schicht. Rippenkrepp-Wäsche.

Prospekt postfrei zu Diensten.

**Carl Mez & Söhne, Freiburg i. Br.**

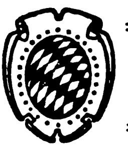
Nr. 11. München, den 1. Juni 1905. 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).



Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 80 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.

## Inhalt:





## Beilage.

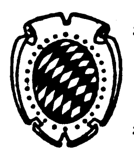
Unserer heutigen Nummer liegt ein Prospekt der Firma **Joh. Eggers & Co., Hemelingen-Bremen** über Cigarrenfabrikate bei. Wir empfehlen diese Beilage der gefl. Beachtung der Leser.

Nr. 13. München, den 1. Juli 1905. 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.

## Inhalt:

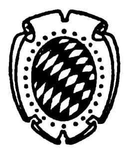
**Abhandlungen:**

Nr. 14. München, den 15. Juli 1905. 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

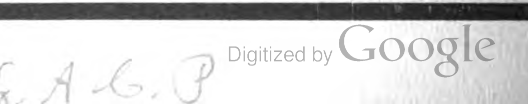
Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum, Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.

## Inhalt:

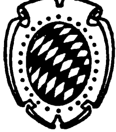


Nr. 14. München, den 15. Juli 1905. 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzelle oder deren Raum, Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.

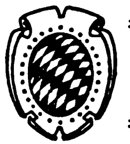
## Inhalt:

Nr. 15 u. 16. München, den 10. August 1905. 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum, Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.

## Inhalt:





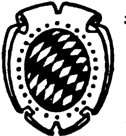
Diese Nummer enthält als Gratisbeilage für die Abonnenten die **Textausgabe** der Gesetze vom 5. Juni 1905 betreffend Aenderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Zivilprozeßordnung.

. 15 u. 16. München, den 10. August 1905. 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum, Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.

Inhalt:



Diese Nummer enthält als Gratisbeilage für die Abonnenten die **Zettelausgabe** der Gesetze vom 5. Juni 1905 betreffend Aenderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Zivilprozeßordnung.





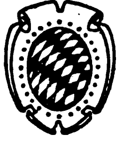


Nr. 17. München, den 1. September 1905. 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum, Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.

## Inhalt:

## J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München

**Schad, Dr. Karl,** K. Notar in München.

# Kommentar zum Gesetz das Nachlaßwesen betr.

vom 9. Aug. 1902. Nebst den §§ 86—99 des Reichsgesetzes üb. d. Angelegenh. der freiw. Gerichtsbarkeit v. 17. Mai 1898.

gr. 8°. (VI, 364 S.) In Ganzleinen geb. **Mk. 6.—.**

**Archiv f. bürg. Recht. Bd. 25.**

. . . . Das Buch wendet sich vornehmlich an den Praktiker; Gerichten und Notaren wird es gleich willkommen sein, denn die Darstellung ist außerordentlich klar, die Stoffgruppierung übersichtlich; auch die wichtigsten materiellen Gesichtspunkte werden an gelegener Stelle in kurzer Darstellung vorgetragen.

## Verlag von C. L. Hirschfeld, Leipzig.

**Die Entmündigung Geisteskranker.** Das Entmündigungs-Beschlussverfahren gegen Geisteskranke und Geistesschwache. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche und der Civilprozessordnung. Von Dr. Otto Levis, Amtsrichter in Pforzheim. M. 8.40, geb. M. 9.40.

**Die Aufsicht über die privaten Versicherungsunternehmungen auf Grund des Reichsgesetzes** vom 12. Mai 1901. Von Dr. jur. Paul Moldenhauer in Köln. M. 4.60.

**Die Haftpflichtversicherung.** Ihre Geschichte, wirtschaftliche Bedeutung und Technik insbesondere in Deutschland. Von Dr. jur. et phil. Alfred Manes in Berlin. M. 7.20, geb. M. 8.20.

**Die Umschreibung der Vormerkung.** Von Privatdozent Dr. Hans Reichel. Preis M. 1.60.

**Die schuldhafte Handlung** und ihre Arten im Strafrecht. Von Dr. M. E. Mayer, Professor in Strassburg. M. 6.—.

**Beiträge zur Entwicklung der Grundrente und Wohnungsfrage in München.** Von Dr. Josef Ritter von Renauld, Edler von Kellenbach, Oberst a. D. in München. M. 6.40.

**Beiträge zur Urteilslehre.** Von Dr. Wilhelm Kisch, Professor in Strassburg. M. 5.60.

**Die sozialreformatorische Gesetzgebung und die Handlungsgehilfenfrage.** Von Wilh. Lass in Kiel. M. 4.—.

**Die Fortschritte der direkten Besteuerung in den deutschen Staaten** (1880—1905). Von Dr. Max von Heckel, Professor in Münster i. W. Preis M. 8.—, geb. M. 9.20.

**Der Check.** Seine wirtschaftliche und juristische Natur von Prof. Dr. Ludwig Kuhlenbeck in Lausanne. M. 4.50.

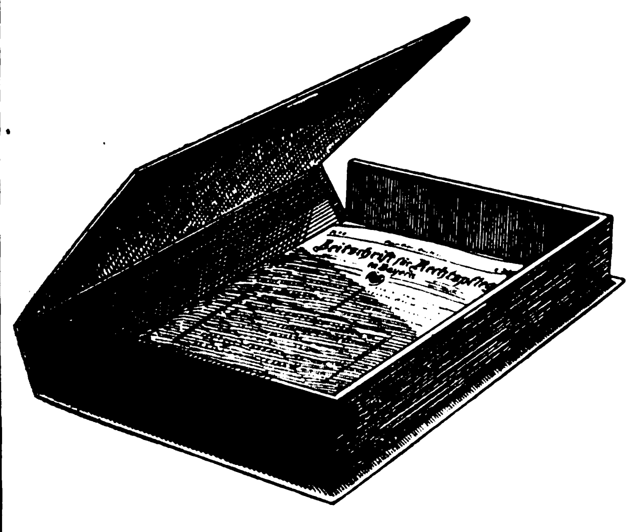
# Ankauf

**juristischer**

Bibliotheken u. einzelner Werke

# J. Schweitzer Sortiment (Arthur Sellier)

Buchhandlung, Antiquariat und Leihinstitut
für **Rechts- und Staatswissenschaften**
**München,** Karlsplatz 29, nächst dem Justizpalast




**Preis Mk. 2.50 postfrei.**

# Eine Zierde für jeden Schreibtisch

ist der nebenstehend abgebildete

# Sammelkasten

## der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.

Seine besonderen Vorteile sind:

**Aeußerst praktische Form:** Die Nummern liegen ohne weiteres griffbereit zum Herausnehmen.

**Staubfreie Aufbewahrung** der erscheinenden Nummern und größte Ordnung.

**Gediegene Ausführung, (teilweise in Holz)** daher nur einmalige Anschaffung auf Jahre hinaus.

# Stellen-Anzeigen.

## Amtsverweser

für Monat September oder Oktober **gesucht.**

**Notariat Marktheidenfeld II.**

---

**Rechtsanwalt,** seit 5 Jahren als Anwalt tätig, guter Zivilist, im Plädieren gewandt, **sucht** Uebernahme einer landgerichtlichen Kanzlei oder Assoziation oder dauernde Hilfsarbeiterstelle mit Aussicht auf Assoziation. Offerten unter Chiffre G 671 bef. die Exp.

---

**[...]pr. Rechtspraktikant,** Dr. jur., als Ei[...] schon länger tätig, **sucht** dauernde Hilfsarbeiterstelle [...]andgerichtl. Kanzlei oder mit Aussicht auf Assoziation. [...] unter S M 674 bef. die Exp.

---

Alle Stellenanzeigen, sowohl Angebote wie Ge[...]che, finden hier zum ermäßigten Zeilenpreise von [...]0 Pfg. Aufnahme. Die obenstehenden Anzeigen kosten [...]ispielsweise nur Mk. 1.20 bis Mk. 2.20 je nach Zeilen[...]ahl. Die Benützung der Rubrik ist

**zweckmäßig, erfolgreich und billig.**

Gefl. Aufträge sind bis spätestens 7 Tage vor dem [...]. und 15. des Monats einzusenden.

---



## G. Herbert

**Berlin S.W. 13.**

**Alte Jacobstrasse 5**

Telephon IV, 1255 Gegr. 1826

**empfiehlt sein reichhaltiges Lager tadellos sitzender vorschriftsmässiger**

**Amtsroben für Richter, Rechtsanwälte und Gerichtsbeamte.**

Für Richter und Rechtsanwälte:

**Robe von 26 Mk. — Barett von 4 Mk. an.**

Auch schnellmöglichste Anfertigung nach Mass.

62 ═══ **Eigene Werkstätten.** ═══

---

[...]lwingsche Verlagsbuchhandlung, Hannover.

(Gegründet vor 1606.)

[...]m **neunten** Jahrgang erscheint:

## [...]AS RECHT

**Rundschau für den deutschen Juristenstand.**

**Herausgeber: Dr. Hs. Th. Soergel.**

[...]betag: 10. u. 25. jeden Monats. Bezugspreis Mk. 3.50 vierteljährlich. [...] Abonnements bei allen Buchhandlungen und Postanstalten.

[...]e nächsterscheinenden Nummern werden u. a. die folgenden grösseren [...]ze veröffentlichen:

**[...]ger, B.,** Oberlandesgerichtsrat in Karlsruhe, Die graphische Dar[...]ellungsweise im Dienste der Rechtswissenschaft und Praxis.
**[...]kmeister,** Landgerichtsdirektor, Graudenz, In welchem Zeitpunkte [...]ird die Zurücknahme der Klage wirksam?
**[...]e, Dr. W. v.,** Univ.Prof., Halle, Vertragshaftung und Deliktshaftung; [...]ergefahr und Vertragsgefahr.
**[...]ard, Dr. v.,** Reichsgerichtssenatspräsid., Reform des Strafprozesses.
**[...]ger,** Reichsgerichtsrat, Regelung der Beweislast durch die Fassung [...]es Gesetzes.
[...] Reichsgerichtsrat, Bemerkungen zu dem Gesetz betr. Aenderungen [...]r ZPO. vom 5. Juni 1905.
**[...]schmar, P.,** Oberlandesgerichtsrat, Dresden, Die Art der Rückgewähr [...]ines Grundstücks bei der Anfechtung im Konkurs.
**[...]r, E.,** Reichsgerichtsrat, Worin besteht der Schadenersatz wegen [...]ichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen?
**[...]eck,** Justizrat, Berlin, Zur Auslegung des § 55 GBO.
**[...]ring,** Landgerichtsdirektor, Magdeburg, Das Prinzip der negativen [...]erkelırerheblichkeit.
**[...]mund,** Kriegsgerichtsrat, Erfurt, Die Kostenentscheidung im militär[...]gerichtlichen Verfahren.
**[...]eider, K.,** Oberlandesgerichtsrat, Stettin, Gelegentliche Beobachtungen auf dem Gebiete des Zivilprozesses.
**[...]ller, Dr.,** Oberlandesgerichtsrat, Frankfurt a. M., Die zivilrechtlichen Schadensersatzansprüche der Beamten und die Unfallfürsorgegesetzgebung im Reich und in Preussen.
**[...]tzky,** Oberlandesger.Rat, Breslau, Das Gesetz des äusseren Anscheins.
**[...]derlich,** Landrichter, Posen, Der Gebrauch einer fremden, insonderheit der polnischen Sprache im Gerichtssaale.
**[...]aff,** I. Staatsanw., Thorn, Zur Auslegung des § 51 RStrGB.

[...] Kritik nennt [...] „Recht" die **universellste** für den Praktiker **wertvollste u. billigste** juristische Zeitschrift.

[...]ührliche **Prospekte, Probenummern, Inhaltsverzeichnisse früherer Jahrgänge** ——— **umsonst und portofrei!** ———

---

**J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München**

Soeben ist erschienen:

**Dr. Georg Schmidt,** Bezirksamtsassessor im Staatsministerium des Kgl. Hauses und des Aeußern.

## Militärgesetze für Bayern

Nach dem neuesten Stande der Gesetzgebung

**1. Lieferung.** 5 **Bogen** 8°. **Preis Mk. —.80.**

---

Nach dem Erscheinen der Buchert'schen Sammlung von Verwaltungsgesetzen hat sich das Bedürfnis gezeigt, die für Bayern geltenden Militärgesetze ebenfalls in einer Handausgabe zu veröffentlichen.

Die vorliegende Sammlung wird die sämtlichen Militärgesetze enthalten, die im Dienste der Zivil- und Militärverwaltungsbehörden wie der Zivil- und Militärgerichte hauptsächlich Anwendung finden.

Die Gesetze sind in 26 Gruppen übersichtlich zusammengefaßt und unter Anwendung ihrer gebräuchlichen Zitierweise alphabetisch geordnet. Jede Gruppe enthält die einschlägigen Ergänzungsbestimmungen. Das Aufsuchen einzelner Vorschriften unter der großen Anzahl von Gesetzen ist durch diese Anordnung und durch die Anfügung des Gesetzesdatums wesentlich erleichtert.

Der Gesamtumfang des Werkes wird etwa 50—60 Druckbogen, der Preis etwa 10—12 Mk. betragen. Mit der Schlußlieferung wird eine Halbleder-Einbanddecke zum Preise von ca. 1,50 Mk. ausgegeben.

**Probelieferungen stehen Interessenten gern zu Diensten.**

Karl Wochinger,
rechnungsführ. Kgl. Amtsgerichtssekretär in Nürnberg.

## Bayerns Gebührengesetze

umfassend **das Gebührengesetz,**
**die Hinterlegungs-Gebührenordnung,**
**die Gebührenvorschriften der Gerichtsvollzieher,**
**die Gebührenordnung der Rechtsanwälte**

nebst einem Anhang

**mit den Texten der Gebührenordnungen für die Notare und pfälz. Hypothekenämter, sowie einer Zusammenstellung älterer noch geltender Gebührenvorschriften, Tabellen und ausführlichem Sachregister.** Handausgabe mit Erläuterungen. 8°. (XVI u. 429 S.) 1904. In Ganzleinen gebd. **Mk. 6.—.**

**Blätter für das bayer. Finanzwesen.** 1904. Nr. 1/2.

„... Die wichtigeren Gebührenbestimmungen sind in eingehender, volle Sachkenntnis bekundender Weise erläutert, wobei deren Motive wiedergegeben wurden und die gerichtliche Rechtsprechung sorgfältige Berücksichtigung fand."

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München

## Vollständige Serien

aller

## Bayer. Amtsblätter

**auch einzelne Jahrgänge** liefert schnell und billig

**München**
Karlspl. 29.

**J. Schweitzer Sortiment**
(Arthur Sellier)
**Buchhandlung, Antiquariat und Leihinstitut für Rechts- und Staatswissenschaften.**

### Beilage.

Als vorzügliche Bezugsquelle preiswerter Zigarren ist in weitesten Kreisen die **Bremer Zigarren-Fabrik** von **Heinrich Müller** bekannt, die der heutigen Nummer ein Spezial-Angebot beigefügt hat. Die Firma ist von Vereinen mit der stattlichen Anzahl von 100000 Mitgliedern Vertrags-Lieferantin, man darf ihr daher größtes Vertrauen entgegenbringen. Infolge reicher Erfahrung hat genannte Firma es verstanden, Fabrikate herstellen zu lassen, die den verwöhntesten Raucher voll befriedigen. Ein Probe-Auftrag wird sicher zu dauernder Verbindung führen.

## Testamente u. Erbverträ[ge]

## in Bayern

**nebst einer kurzen Darstellung des gesetzlichen Erbrechtes, des Pflichtteilsrechtes und Nachlaßverfahrens** sowie einem **Anhang** enthaltend **Muster für Testamente und Erbverträge**

von **Karl Hauer,**
k. Landgerichtsrat in Würzburg.

8°. XII, 447 S. In Ganzleinen gebd. **Mk. 9.80.**

In diesem Werke gelangt die Errichtung der ordentlichen und außerordentlichen Testamente, namentlich auch der sogen. Do[rf]testamente, ferner der Erbverträge, eingehend zur Erörterung; hieran reiht sich eine kurze Darstellung des gesetzlichen Erbrechts, des Pflichtteilsrechtes und des Nachlaßverfahrens.

Eine größere Anzahl von Formularen, die Muster von Testamenten und Erbverträgen enthalten, bildet den Schluß.

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München

## Achtung!

**Ueber 100 % Ersparnis** erzielt man bei Gebrauch von **Dr. Pitschke's Tintenpulver,** sof. [lös]l. u. gebrauchsfertig (Spezialität eigener Erz., gesetzl. ge[sch].) Ergibt eine **erstklassige, unabwaschbare, nie blei[chende] Schreibtinte** u. wird mit Vorliebe von Beamten, Beh[örden,] Schulen, Privaten usw. benutzt. Zu haben in Orig[inal]paketen für 1 **Liter Tinte à 60 ₰, Reichs-Kanzlei[tinte]** extrafein, à 80 ₰, durch **Dr. Pitschke's Chem. Lab[or.]** **Bonn** (Porto für 1—4 St. 10 ₰). Zahlreiche lobende [An]erkennungen aus allen Kreisen werden beigegeben.

In unserem Verlage ist erschienen:

## Die Kraftloserklärung

**abhanden gekommener oder vernichteter**

## Urkunden

im Aufgebotsverfahren nach Reichsrecht und bayerischem Landesrecht von

**Dr. Karl Adelmann,**
Amtsrichter am Kgl. Amtsgerichte München I.

Mit 2 Tabellen. gr. 8°. (XII u. 132 S.) **Preis gebd. ℳ 3.50.**

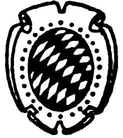
J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München

Nr. 18. München, den 15. September 1905. 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer.
Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum, Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.

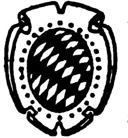
## Inhalt:

Nr. 19. München, den 1. Oktober 1905. 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
**Th. von der Pfordten**
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
**J. Schweitzer Verlag**
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzelle oder deren Raum, Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.

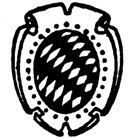
## Inhalt:

Nr. 20. München, den 15. Oktober 1905. 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum, Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.

## Inhalt:




**„Wendt's Patent-Cigarren sind für empfindliche Raucher die gesundheitsdienlichsten Tabakfabrikate der Gegenwart".**

Dr. G. v. Lagerheim,
Professor an der Universität Stockholm.

• • •

**Absorption des Nicotins** und der giftigen Verbrennungsgase.

Nach dem Geheimen Hofrat Universitäts-Professor Dr. med. Hugo Gerold.

## Wendt's Patent-Cigarren

D.R.P. 145727

D. R. P. 68648.

nach Universitäts-Professor Dr. H. Thoms-Berlin.

**Fabrikate direct zu haben in Preislagen von 34 bis 300 Mark, in allen Geschmacksrichtungen, Grössen, Qualitäten u. Quantitäten (auch Proben). Preisliste und Broschüre gratis.**

**Wendt's Cigarrenfabr. Aktienges., Bremen, Postfach Nr. 502.**

---

**J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München**

Soeben ist erschienen die **1. Lieferung** von

**Meikel, Gg.,** Kgl. II. Staatsanwalt in München

# Grundbuchordnung

## für das Deutsche Reich

unter besonderer Berücksichtigung des bayerischen Ausführungsgesetzes und der einschlägigen Vollzugsvorschriften ꝛc.

gr. 8°. 5 Bogen. Preis Mk. **1.50.**

Den täglichen Bedürfnissen der bayerischen Praxis genügt nur ein Kommentar, der eine einheitliche Darstellung des in Bayern auf Grund der reichsrechtlichen und der landesrechtlichen Normen geltenden Grundbuchrechts bietet; den Versuch einer solchen unternimmt das vorliegende Buch: bei der Erläuterung der reichsrechtlichen Vorschriften wird jeweils darauf hingewiesen, inwieweit sie durch die landesrechtlichen Vorschriften ergänzt oder ausgeschlossen werden.

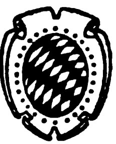
Bei einem Umfange von etwa 30 Druckbogen wird der Gesamtpreis des Werkes ca. Mk. 10.— betragen.

1. München, den 1. November 1905. 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
. von der Pfordten
II. Staatsanwalt im K. Bayer.
Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats
Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich
.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und
halt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29.
Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile
oder deren Raum. Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen
Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.

Inhalt:

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München

Soeben ist erschienen:

**Dr. Georg Schmidt,** Bezirksamtsassessor im Staatsministerium des Kgl. Hauses und des Aeußern.

# Militärgesetze für Bayern

Nach dem neuesten Stande der Gesetzgebung

**3. Lieferung.** 10 **Bogen** 8°. **Preis Mk.** 1.60.

---

Nach dem Erscheinen der Buchert'schen Sammlung von Verwaltungsgesetzen hat sich das Bedürfnis gezeigt, die für Bayern geltenden Militärgesetze ebenfalls in einer Handausgabe zu veröffentlichen.

Die vorliegende Sammlung wird die sämtlichen Militärgesetze enthalten, die im Dienste der Zivil- und Militärverwaltungsbehörden wie der Zivil- und Militärgerichte hauptsächlich Anwendung finden.

Die Gesetze sind in 26 Gruppen übersichtlich zusammengefaßt und unter Anwendung ihrer gebräuchlichen Zitierweise alphabetisch geordnet. Jede Gruppe enthält die einschlägigen Ergänzungsbestimmungen. Das Aufsuchen einzelner Vorschriften unter der großen Anzahl von Gesetzen ist durch diese Anordnung und durch die Anfügung des Gesetzesdatums wesentlich erleichtert.

Der Gesamtumfang des Werkes wird etwa 50—60 Druckbogen, der Preis etwa 10—12 Mk. betragen. Mit der Schlußlieferung wird eine Halbleder-Einbanddecke zum Preise von ca. 1.50 Mk. ausgegeben.

**Probelieferungen stehen Interessenten gern zu Diensten.**

# Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs.

Systematisch dargestellt und durch Beispiele erläutert

von

**Dr. Gustav Müller**, K. II. Staatsanwalt in München, und **Georg Meikel**, K. II. Staatsanwalt in München

**2. vollständig umgearbeitete Auflage.**

2 Bände im Umfange von zus. 120 Druckbogen in gr. 8°. Preis brosch. **Mk.** 18.—, gebd. **Mk.** 20.—.

**Urteil:**

**Archiv f. Bürgerl. Recht.** Bd. 25 H. 12. . . . . Das zweibändige Werk soll vor allem praktischen Bedürfnissen gerecht werden. Und diese Aufgabe ist sicher gelöst, wenigstens in der einen Richtung, daß dem fertigen, d. h. schon in der Praxis tätigen Juristen ein systematisches Handbuch zur Seite steht, welches allzu vielem Kommentarnachschlagen entgegenarbeitet und den Geist auf die großen Zusammenhänge lenkt. . . . . Ferner steigern die trefflich gewählten Schlagwörter am Rande die Benutzbarkeit für die Praxis. Die Rechtsprechung ist in erstaunlicher Fülle beigebracht. . . . . Es wird daher das Werk jungen Praktikern warm empfohlen werden können; es steigt selbst in sehr verwickelte Situationen hinein, z. B. in die Sachlage bei teilweiser Ersatzpflicht im Falle der Gesamthypothek, und berücksichtigt stets auch solche Gebiete, die in Lehrbücher oft fehlen, wie die Anlegung von Mündelgeldern, das Eheaufgebotsverfahren &c.

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München

Soeben erschien bei

**Duncker & Humblot in Leipzig:**

# Radierungen und Momentaufnahmen

von

**Ernst Zitelmann,**

Geheimer Justizrat und Professor in Bonn.

**— Zweite und dritte veränderte Auflage. —**

**Preis Mk. 2.40, gebunden Mk. 3.20.**

**Leipziger Neueste Nachrichten.** — Diesem Buch wünschen wir recht viele Leser. Den Inhalt anzugeben ist schwer. Andersens „Bilderbuch ohne Bilder" ist etwas Aehnliches. Zitelmann greift aber tiefer hinein in die ewig jungen und ewig alten Probleme des Menschenlebens. Viel Humor und viele ernste Gedanken.

**Deutsche Warte.** — Wie das Skizzenbuch eines Malers, und zwar eines lebensvollen und lebensfrohen, mutet uns das neueste Buch von Zitelmann an. Alles, was sich seinem beschauenden und im Schauen ästhetisch genießenden Auge an Lebensvorgängen darbietet, hat der Verfasser auf seine geistige Palette gebannt.

**Rheinischer Kurier.** — „Das ist kein ausgeklügelt Buch, das ist der Mensch mit seinem Widerspruch". Von solcher Warte aus sind auch die „Radierungen und Momentaufnahmen" von Ernst Zitelmann, dem Bonner Rechtslehrer, zu lesen und zu betrachten.

**Allgemeine Zeitung** (Dhorn, Chemnitz). — Es ist ein ungewöhnliches Buch und bietet keinen leicht abzuschöpfenden Genuß, aber der Leser, welcher nicht eine oberflächliche Unterhaltungslektüre, nicht seichte Plauderei sucht, sondern Geist und Tiefe in schöner Form, wird sich in diesen aphoristisch gebotenen kleinen Bildern sehr erfreuen.

**Leipziger Tageblatt.** — „Radierungen und Momentaufnahmen", unter diesem Titel veröffentlicht der Geheime Justizrat und Professor der Rechte Ernst Zitelmann in Bonn eine Anzahl Skizzen, die die feinsten Schattierungen dichterischer Stimmungsbilder aufweisen und mit ihrer Sinnfülle und ihren poetischen Schönheiten dem Gelehrten das Zeugnis ausstellen, daß er auch ein Dichter von Gottes Gnaden ist.

**Bonner Zeitung.** K. S. — Es ist ein ganz eigenartiges, köstliches Buch, mit dem ich die Leser heute bekannt machen will, ein ernsthaftes und schalkhaftes, ein poetisches und philosophisches Buch, ein Buch, dessen knapper Umfang gar nicht erkennen läßt, wie viel darin steckt, und das, hat man nur einmal ein wenig drin geblättert, uns nicht mehr losläßt, das so fesselnd und anregend, so liebenswürdig und ein ganz klein wenig auch spottlustig ist, wie eine schöne geistreiche Frau, die uns immer von neuem in ihre Kreise lockt. 86

**Rechtspraktikant** übernimmt größere und kleinere **schriftliche Arbeiten.** Gefl. Offerten unter F. 84 befördert die Expedition.

## Beilage.

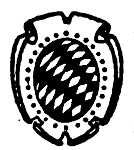
Der heutigen Nummer ist als Beilage eine Bestellkarte der bekannten Zigarren-Firma **Carl Gerbode in Gießen** beigefügt. Wir verfehlen nicht, unsere Leser auf die Leistungsfähigkeit und das reichhaltige Lager dieser Firma in den verschiedenen Preislagen hinzuweisen, so daß jeder Raucher außer den besonders empfohlenen Spezialsorten nach weitere für seinen Geschmack geeignete preiswerte Marken finden dürfte. 79

r. 22. München, den 15. November 1905. 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.

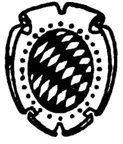
## Inhalt:

Nr. 23. München, den 1. Dezember 1905. 1. Jahrg.

# Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von Th. von der Pfordten K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

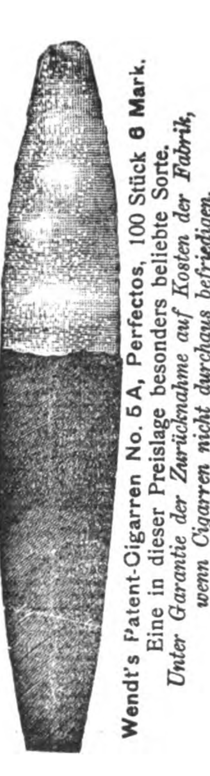
Verlag von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München, Karlsplatz 29.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.

## Inhalt:




**„Wendt's Patent-Cigarren sind für empfindliche Raucher die gesundheitsdienlichsten Tabakfabrikate der Gegenwart".**

**Dr. G. v. Lagerheim,**
**Professor an der Universität Stockholm.**

* * *

**Absorption des Nicotins und der giftigen Verbrennungsgase.**

**Nach dem Geheimen Hofrat Universitäts-Professor Dr. med. Hugo Gerold.**

## Wendt's Patent-Cigarren

D.R.P. 145727

D. R. P. 68648.

**nach Universitäts-Professor Dr. H. Thoms-Berlin.**

**Fabrikate direct zu haben in Preislagen von 34 bis 300 Mark, in allen Geschmacksrichtungen, Grössen, Qualitäten u. Quantitäten (auch Proben). Preisliste und Broschüre gratis.**

**Wendt's Cigarrenfabr. Aktienges., Bremen, Postfach Nr. 582.**



# 1818—1905
# Bayerns Gesetzgebung in einem Bande.

Vollständig liegt vor:

**Schmitt,** Gottfried, Oberregierungsrat im K. b. Staatsministerium der Justiz, **Bayer. Justizgesetze.**

**Sammlung der in den Jahren 1818—1904 erlassenen Landesgesetze für die Rechtspflege**

nach dem Stande vom Ende des Jahres 1904.

Gr. 8°. VIII und **1464** Seiten. 1905. Elegant in Halbfranz gebunden Mk. 18.—.

Prof. Dr. **Ernst Jaeger** schreibt in den **„Literar. Mitteilungen der Annalen des Deutschen Reichs", 1905, Nr. 1:**

„Die Sammlung stellt alle in den Jahren 1818—1904 erlassenen, die Rechtspflege im weitesten Sinne betreffenden bayerischen Gesetze in ihrer gegenwärtigen Gestalt zusammen. Sie gibt aber zugleich zuverlässige Auskunft über Erlassung, Abänderung und Außerkrafttreten aller seit 1818 ergangenen, heute nicht mehr geltenden Gesetze. In dieser sorgfältigen Rechenschaft über den gesamten Gang der bisherigen bayerischen Landesgesetzgebung liegt eine überaus wertvolle, mühsame Arbeit, die nur einem gründlichen Kenner des bayerischen Rechts gelingen konnte. Ein ausführliches Gesamtregister erleichtert den Gebrauch. **Der Praxis und Theorie des bayerischen Rechtes wird das Werk fortab unentbehrlich sein.**"

**Unentbehrliches Handbuch für jeden Juristen**
- für den Richter in der Sitzung
- für den Anwalt und Notar im Parteiverkehr
- für den in Vorbereitung stehenden Juristen zum Studium
- für den Staatskonkurs-Kandidaten.

**J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München**



